

كِتَابُ

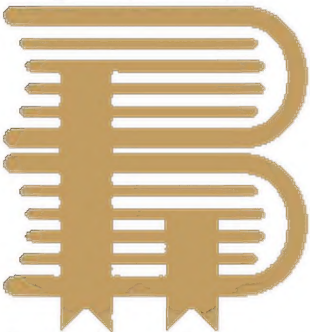
الْقَضَاءِ وَالشَّهَادَاتِ

مُحَمَّدٌ أَصْفَ الْمُحْسِنِينَ

القضاء والشهادة

بِقَلَمِ
مُحَمَّدٍ أَصْفَ الْمُحْسِنِينَ

شبكة كتب الشيعة



shiabooks.net

رابطہ بدیل < mktba.net

* الكتاب : القضاء والشهادة

* المؤلف : محمد آصف المحسنی

* تاریخ الطبع : ذی القعدة ۱۴۰۴ هـ مهر داد ۱۳۶۳

* طبع من هذا الكتاب : ۲۰۰۰ نسخة

* مطبعة : سید الشهداء عليه السلام

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة على خير خلقه محمد وآله الميامين وعلى اصحابه واتباعه المهتدين .

وبعد ان معرفة مسائل القضاء والشهادة لكثرة الابتلاء بها مهمة فاردت ان اتعرض لها في هذا الكتاب بقدر ميسور ولا اعتمد على الروايات غير المعتبرة بل لا اوردها الا نادراً ولا اخرج عن حد الاختصار وقد راعيته في جميع مؤلفاتي لحمد الان والله اسئل ان يجعله خالصاً لوجهه ونافعاً لعباده انه دائم الفضل وقديم الاحسان وله الحمد على كل حال .

كِتَابُ الْقَضَاءِ

القضاء هو الحكم بشبوت الدعوى او عدمه وفصل الخصومة بين المتخاصمين وهذا هو القدر المتيقن الذي يثبت اعتباره بالدليل المعتبر .
ويصح ان نعرفه بتعريف اعم منه وانه الحكم بشبوت الحق لذيه وان لم يكن مقترناً بدعوى وخصومة كما اذا لم يعلم الطرفان ان المال او الحق لمن؟^(١)
فانه أيضاً قابل للاستدلال .

واما تعريفه بولاية الحكم شرعاً لمن له اهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على اشخاص معينين من البرية باثبات الحقوق واستفائها للمستحق كما عن المشهور او بولاية شرعية على الحكم والمصالح العامة من قبل الامام فغير مقبول ، اذ يخدش الاول اولا بان القضاء وان يصدر عن ولاية لكنه ليس نفسها ، وثانياً بعدم اتصافه بهذا المعنى بالوجوب. وثالثاً بعدم اعتبار الاجتهاد في القاضي على الارجح كما يأتي ويخدش الثاني بسالوجهين الاولين وبعدم

(١) بناء على ان الحكم الصادر في مثل المورد قضاء لافئوى .

امكان اثباته بالدليل ^(١) نعم هو راجع الى ولاية الفقيه والحاكم الشرعي بل هو نفسها .

مسألة ١ : القضاء لا يتوقف على اذن خاص على الاظهر لانه احسان على المتخاصمين والله يحب المحسنين بل هو من الامر بالمعروف والنهي عن المنكر في الجملة ^(٢) على ما يأتي في المسألة الثالثة عشرة وقد امرنا القرآن ان نكون قوامين لله وبالقسط.

وقال الله تعالى : ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل (النساء ٥٨)

فاذا كان القضاء عد لاوجب فعله لقوله تعالى : ان الله يأمركم بالعدل والاحسان ولقوله : اعدلوا .. ونحو ذلك فتأمل . واما وجوب التزام المحكوم عليه بالزام القاضي مطلقاً فيدل عليه قول الصادق عليه السلام في صحيح ابى خديجة بطريق الصدوق : اياكم ان يحاكم بعضكم بعضا الى اهل الجور ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فاني قد جعلته قاضياً فتحاكموا اليه ^(٣) وللمحقق الاشتيناني حول الروايات كلمات غير سليمة عن الرد .

اذ لو لم يجب قبول حكمه للغي جعل القضاء فمعنى كونه قاضياً وفاصلاً

(١) في الجواهر ص ١٠٠ ج ٤٠ ومن هنا أى من اطلاق قوله جعلته حاكماً لم يكن اشكال عندهم في تعلق الحكم بالهلال والحدود التي لا مخاصمة فيها أقول: الإطلاق غير ثابت ونفى الخلاف ان ثبت - ولم يثبت - لا يكون مجوزاً للفتوى بل لابد من الاستناد الى الدليل .

(٢) أى بعد احراز الحق لديه .

(٣) ص ٤ ج ١٨ - الوسائل : والقدر المتيقن في مقام التخطاب جعله قاضياً في التحاكم فلا اطلاق له يشمل الحكم في غيره كثبوت الهلال ونحوه كما زعمه بعضهم تبعاً لصاحب الجواهر (قده) .

ومرجعاً للتحاكم هو لزوم الالتزام بالزامه وفي رواية أخرى له عنه عليه السلام اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حالنا وحرماننا فاني قد جعلته عليكم قاضياً^(١) ... لكن في سندها ابوالجهم ولم اعرفه فلا يعتمد عليها وعلى غيرها من الضعاف مما استدلوأ به على المرام .

فالعمدة في الروايات هي الرواية الاولى^(٢) واطلاقها يشمل النزاع المالى وغيره .

هذا ولكن نفي الخلاف في اشتراط ثبوت الولاية للقضاء وتسوابه باذن الامام عليه السلام واستدل عليه بالاجماع المحصل والمنقول وبروايات عمدتها صحيحة سليمان بن خالد بطريق الصدوق دون الكليني والشيخ عن الصادق عليه السلام : اتقوا الحكومة ، فان الحكومة انما هي للامام العالم بالقضاء العادل في المسلمين لنبي او وصي نبي وفي نسخة كنبى مكان لنبي^(٣) بناء على ارادة القضاء من الحكومة دون ارادة الرئاسة العامة منها . ولائمة مهمة له بعد صحيحة ابي خديجة السابقة

(١) ص ١٠٠ نفس المصدر ، يمكن أن يكون لفظ الجعل مشيراً الى احتياج القضاء الى اذن الامام فلاحظ .

(٢) وأورد السيد الاستاذ عليها بانها ناظرة الى قاضى التحكيم ولا دلالة لها على القاضى الابتدائى فان جعل الامام للقاضى متفرع على جعل المتنازعين (فاجعلوه بينكم) أقول : الرواية ظاهرة فى نصب القاضى ابتداءً فان الظاهر ان قوله عليه السلام : فاني قد جعلته .. علة للاستدراك (ولكن انظروا) أو لجعلهم (فاجعلوه) لا متفرع على الجعل وأيضاً ظاهر الاوامر الثلاثة هو الوجوب على فرض التحاكم دون الاصلاح وحملها على مجرد الاذن خلاف الظاهر فتأمل وعليه تختص الرواية بالقاضى الابتدائى دون قاضى التحكيم لعدم وجوب الفحص وجعله قاضياً والتحاكم اليه فافهم .

وبالجملة ظهور الرواية فى القاضى الابتدائى مما لا ينبغي انكاره .

(٣) ص ٧ ج ١٨ الوسائل .

الدالة على الجواز .

مسألة ٢ : للحكومة الاسلامية منع المكلفين عن القضاء وانحصاره في
القضاة المنصوبين من قبلها عند المصلحة ، وفي نفوذ قضاء الممنوعين وبطلانه
حينئذ وجهان .

مسألة ٣ : مقتضى اطلاق الصحيحة السابقة لزوم الترافع حتى الى من
يعلم بمخالفة نظره لنظره اجتهاداً او تقليداً كما ان مقتضاه نفوذ القضاء على كل
احد حتى على من يخالفه في الحكم الشرعي اجتهاداً او تقليداً فلا يجوز نقضه
بالفتوى بل ولا بالقضاء ^(١) .

اذا كان القضاء الثاني مبنياً على الاجتهاد غير القطعي خلافاً لجماعة يظهر
من عباراتهم او من اطلاقها جواز النقض ، منهم المحقق في الشرائع ^(٢) وغيره
في غيرها نعم ينقض اذا علم بطلانه بالقاطع او العلمى الذي لامجال لمخالفته
الا غفلة اى علم غفلة القاضي وخطائه في الحكم او لم يكن القاضي واجداً
للشرايط ، لعدم شمول الاطلاق له حينئذ فهو بمنزلة العدم .

(١) الفتوى عبارة عن بيان أحكام الله الكلية، والقضاء عبارة عن انشاء ثبوت شيء
على شخص أو حكم على موضوع خاص لحسم مادة النزاع أو لاثبات أمر ولا يعتبر فيه
لفظ مخصوص والحكم قد يطلق عليه وقد يكون انشاء حكم كلى موقت كتحريم شرب التبن
في ظرف خاص وكتحريم استيراد المال او اخراجه من بلاد معينة وأمثال ذلك والاخير
يختص بافقيه الجامع للشرائط والاول بمن له أهلية الاستنباط ولا يخفى ان الفتوى
لا يتوقف على تحقق المصدق ولا يحتاج الى التطبيق ولكن القضاء لا يقوم الا بتطبيق الحكم
الجزئى على مورد .

نعم ربما يكون سبب المخاصمة هو الاختلاف في الحكم الكلى اجتهاداً او تقليداً.
فتفصل بالقضاء

وذهب السيد الاستاذ الحكيم في تقليد مستمسكه^(١) الى وجوب الاخذ به اذا كان محتمل الموافقة للواقع، وان علم بالخطأ في طريقه في الاستناد او المستند او قامت الحجة على خلافه، واما اذا كان معلوم المخالفة للواقع او كان الخطأ ناشأ عن تقصير في الاجتهاد عمداً او سهواً بحيث كان جارياً على خلاف الموازين اللازمة في الاجتهاد فلا يجوز العمل به للانصراف في الثاني .

مسألة ٤ : لا يجوز للمدعي تجديد الدعوى بعد القضاء الى قاض اخر اذا لم يرض به الاخر لانه رد لحكم القاضي الاول وايداء للمدعي عليه وقد يكون رداً للحلف الذي يجب الرضا به على ما يأتي. نعم اذا رضياً معاً ولم يكن الترافع منافياً للرضا بالحلف ولارداً للقضاء الاول بل ترافعا احتياطاً جاز، وكذا يجوز الترافع قبل صدور الحكم وان كان الحاكم في اثناء مطالبة البيئة من المدعي او اليمين من المنكرو ونحو ذلك. ويمكن القول بالجواز في ما اذا كان ترك الترافع حرجياً كما في الزوجة المسلوقة عنه خصوصاً اذا علم ان من اخذها بحسب الموازين الظاهرية عالم بكذبه وانه يزني بها حتى باعتقاده فينتفى حرمة الترافع وهل يرتفع به المنع عن اخذها بالقوة اذا قدر عليه قيل نعم ولا يخلو عن قرب .

مسألة ٥ : لا يجوز للقاضي الثاني النظر في الحكم الاول بقصد النقض لنفوذ عليه أيضاً وان رضى الخصمان به على نحو ما سبق خلافاً لصاحب الجواهر^(٢) فضلاً عن وجوبه في بعض الصور بل ظاهرهم كما في الجواهر^(٣) المفروغية من الوجوب عند ذكرهم من الادب النظر في امر المحبوسين . فانه مخالف للاطلاق

(١) ص ٩٥ ج ١ الطبعة الرابعة .

(٢) ص ٩٥ ج ٤٠ .

(٣) ص ٩٤ المصدر .

ولاصالة الصحة ، بل لو قيل به مطلقاً لبطل فائدة القضاء في كثير من الموارد وهو كما ترى .

نعم اذا اعتقد المحكوم عليه عدم أهلية القاضي أو فسق الشهود مثلاً جاز له الترافع ، واذا ادعاه جاز للقاضي الآخر النظر ، بل ادعى عدم وجدان الخلاف في لزوم النظر بين من تعرض له لأنها دعوى لا دليل على عدم سماعها ، فاذا جاز النظر جاز النقض عند تبين الخطأ .

مسألة ٦ - اذا ترافعا على بيع شيء من المائعات وقد لاقى عرق الجنب من زنا مثلاً عند من يرى طهارته فحكم بها كان طاهراً مملوكاً للمحكوم عليه وان كان مجتهداً يرى نجاسته أو مقلد المجتهد كذلك عند صاحب الجواهر ، لاطلاق مادل على وجوب قبول الحكم ، وهذا معنى نقض الفتوى بالحكم وان هذا الجزئي خارج من كلى الفتوى بان المايح الملاقي عرق الجنب نجس في حق ذلك المجتهد ومقلديه ، وهكذا الكلام في جميع العقود والايقاعات والاحكام التكليفية والوضعية ^(١) .

أقول : غاية ما يقتضيه نفوذ القضاء هو صحة المعاملة وعدم بطلانها ، وأما الحكم بطهارة المائع حتى بالنسبة الى جواز الشرب ونحوه فهو غير مدلل ، بل مقتضى القاعدة حرمة شربه مثلاً .

واذا ترافع الزوجان فادعى أحدهما بطلان الزوجية للارتضاع مع الآخر عشرة رضعات والآخر صحتها بدعوى ان المحرم خمس عشرة رضة .

فاذا كان رأى القاضي اعتبار خمس عشرة رضة في الحرمة وحكم ببطلان الزوجية فان كان المدعى - أي مدع الفساد - هو الزوج لا تجب عليه نفقتها و يجوز له العقد على اختها والتزوج بالرابعة وهكذا ولا يجوز للمرأة دعوى نفقتها

عليه وأخذها من ماله ويجب عليها التستر منه نفوذاً لحكم القاضي ولكن هل يجوز لها التزويج برجل آخر مع اعتقادها بحسب الفتوى بصحة العقد الاول؟ فيه تردد .

وان كانت هي المدعية فجاز لها التزويج مضافاً الى وجوب تسترها عنه وحرمة تبرزها عنده وأخذ ماله فهي كالخلية وأما الزوج فلا يجوز له النظر اليها فضلاً عن لمسها ووطئها وهل يجب عليه - نفقتها؟ والظاهر العدم اما لكونه من آثار الحكم أو من جهة عدم التمكن، والعمدة انه هل يجوز لها التزوج باختها من دون طلاق المرتضعة اكتفاء بحكم القاضي؟ فيه تردد كالتردد في سقوط المهر عنه، وجه التردد عدم اطلاق أو عموم أو ظهور يفي باثبات مطلق هذه اللوازم على قضائه .

واذا كان رأيه كفاية عشرة رضعات وحكم بصحة الزوجية فان كان دعوى البطلان من قبلها فلا شيء على الزوج المعتقد للصحة وهو ظاهر والظاهر وجوب التمكن عليها وفي جواز أخذ ماله بعنوان الانفاق والمهر نوع تردد ويشكل نشر شعرها وترك التستر عند أبيه وابنه لما مرّ فافهم .

وان كان دعوى البطلان من قبله فحال الزوجة المعتقد للصحة ظاهرة وأما هو فيجب عليه نفقتها ومهرها وقربها بمقدار الواجب ولا يجوز له التزوج باختها لانه من الجمع بين الاختين في ظاهر الشرع فافهم ويشكل مسها ووطئها زيادة على المقدار الواجب لما مرّ. بل يشكل في المقدار الواجب اذا كان قادراً على طلاقها بل يحتمل وجوب طلاقها عليه اذا لم يقدر عن اجتنابها في غير المقدار الواجب من وطئها ومسها والنظر الى بدنّها والله العالم .

وكذا يشكل تزويج ثالث بها اذا يعتقد بحسب نظره اجتهاداً أو تقليداً بطلان دعوى المرأة ببطلان العقد فتأمل . وكذا الظاهر وجوب قضاء الصلاة

والصوم على الابن المتنازع فيه وان لم يثبت قول أبيه عند القاضي وأخذه غيره بحسب الموازين الظاهرية ولا يحرم له النظر الى اخته وعمته مثلاً وفي وجوب نفقته على أبيه احتمالان لعل أظهرهما الاول كما يجوز للاب الواقعي النظر الى زوجة الابن المذكورة فلاحظ وتأمل في قيام السيرة على خلاف ما ذكرنا وعدم قيامها وما يفهم من مذاق الشرع .

نقل وتأيد

وقفت على كلام للمحقق الرشتي في كتاب قضائه (ص ١١١) بعد قولنا هذا بمدة، ننقله هنا تأييداً للمرام .

قال رحمه الله: هل المراد بحرمة النقض في موارد الالتزام بآثار المحكوم به مطلقاً في نوعه أو في شخصه، أو بآثاره من حيث انفصال الخصومة ؟
مثلاً اذا اختلف المتبايعان في نجاسة المبيع كالعصير الذاهب ثلثاه بالشمس وطهارته فحكم الحاكم بالطهارة ، ففي وجوب ترتيب جميع آثار الطهارة على نوع العصير أو على شخصه المتنازع فيه - سواء وافق اجتهاد المرتب أو تقليده أم خالف - أو خصوص الاثر الذي بسببه وقعت الخصومة اعنى صحة البيع وتملك البايع الثمن من غير ترتيب المشتري أو غيره سائر آثار الطهارة كإباحة الاكل والصلاة ونحوهما اذا لم يساعد تكليفه وجوه أقربها الاخير لقصور الأدلة عن الدلالة على تحكيم الحكم على تكليف الشخص الا من حيث انفصال الخصومة .

مسألة ٧- اذا تبدل رأى القاضي اجتهاداً أو تقليداً بعد اصدار حكمه فان علم بخطئه من حيث الموضوع أو الحكم فالظاهر وجوب النقض لان حكمه

السابق باطل مستند اليه وهو السبب في التزام العامل به فلا بد من ازالته وارشاد الجاهل ، وان كان تبدل الرأى بدليل اجتهادي آخر فهل يستمر نفوذه أو يلغى أثره ويلزم القاضي اعلام الطرفين به؟ كما اذا حكم بصحة تزويج من ارتضعت مع الرجل عشر رضعات بفتوى عدم نشرها الحرمة ثم رأى نشرها الحرمة^(١) ذهب صاحب الجواهر الى الاول اعتماداً على اصاله بقاء أثر الحكم وظهور أدلته في عدم جواز نقضه مطلقاً وقال بعدم نقض الفتوى بالفتوى اذا كان مورد الاول مما يقتضى الاستمرار والبقاء وقد عمل به زماناً كالنكاح وغيره للاصل وغيره ولعدم الدليل على الفسخ به بل حاصل الادلة خلافه كما يبقى على قاعدة الاجزاء مثل الصلاة والغسل والوضوء .

وان كان مورد لا يقتضى الاستمرار كغسل النجاسة تنقض بالثانية فلو غسل مثلاً شيئاً بالماء القليل الملاقي للنجاسة بفتوى عدم تنجسه بذلك ثم تغير رأيه وجب تجديد الغسل لان طهارة المغسول به مقيدة بما دام ظن المجتهد كذلك^(٢).

أقول: الظاهر تبعية القضاء للفتوى في هذا المقام، فاذا قلنا بعدم ناقضية الرأى الثاني للرأى الاول مطلقاً أوفي بعض الموارد والاثار^(٣) بقى القضاء نافذاً وان قلنا بنا قضيته له فلامعنى لنفوذه بعد اعتراف القاضي بخطائه، بل لا يبعد وجوب الاعلام عليه .

مسألة ٨ : هل يجب على الحاكم انفاذ ما حكم به قاض اخر اذا طالبه المحكوم له من دون النظر الى ملاك حكمه ام لا بل له النظر ام لا يجوز له الانفاذ قبل النظر؟ الظاهر هو الاول كما يقتضيه القاعدة نعم اذا شك في اهلية

(١) استظهر بعض المعاصرين عدم جواز نقض حكمه من المشهور .

(٢) ص ٩٨ و ص ٩٩ ج ٤٠ الجواهر

(٣) ص ٨٥ ج ١ مسمك المروة الوثقى

القاضي الاول قيل لم يجب الانفاذ ويأتي في المسألة (٣٧) مايتعلق بالمقام .
 مسألة ٩ : لافرق بين القاضي المنصوب من قبل الحكومة الاسلامية وغيره
 فيما يتعلق بالترافع بعد حكمه والنظر والنقض .
 وكذا لافرق فيه بين بقاءه على منصبه وعزله او انعزاله فانهما لا يؤثران في
 قضائه السابق الصادر صحيحاً .

مسألة ١٠ : اذا ادعى المحكوم عليه جور حكم القاضي الاول وصدوره
 بلا دليل وقال القاضي المذكور انما قضيت بعلمي وادعى المحكوم عليه فسق
 الشهود وادعى القاضي عدالتهم لايبعد قبول قوله مالم يثبت كذبه لان علمه
 بالحال واعتقاده بالعدالة لايعرفان الا من قبله، واذا ادعى اصدار حكمه من دون
 شاهدين وقال القاضي الاول حكمت بالشاهدين فان أمكن احضارهما امره القاضي
 الحاضر به وان لم يمكن لبعد الزمان ونسيان القاضي المذكور اعيان الشهود
 فيمكن تقديم قوله والا لارتفع الامان من القضاء بفتح هذا الباب . فكل مايدعيه
 المحكوم عليه لا بد له من اثباته .

و عن الشيخ انه اذا ادعى رجل ان المعزول قضى عليه بشهادة فاسقين
 وقال المعزول لم احكم الا بشهادة عدلين يكلف البينة لانه اعترف بنقل المال
 وهو يدعى بما يزيل الضمان عنه .

اقول : تكليف القاضي باقامة البينة في الموارد المقتضية لها امر مشكل
 من جهة الاطلاقات ومن استلزامه ارتفاع الامان المذكور خصوصاً اذا نسي
 القاضي صورة الحال لطول المدة أو كثرة الشغل أو غيرها .

ويمكن التفصيل في جميع موارد الادعاء على القاضي بين امكان التحقيق
 لقرب الفاصلة وعدمه و على الثاني يكلف باليمين دون البينة لكن اتمام كل
 ذلك بالدليل المعتبر مشكل وأشكل منه قول الشيخ المزبور مع مضي المدة

الكثيرة عن المرافعة والحكم والله العالم .

مسألة ١١ - اذا ظهر فسق الشهود أو فقد شرط آخر يجب على القاضي نقض حكمه بل جاز للمحكوم عليه نقضه، ولا يجوز للمحكوم له وغيره ترتيب آثار الحكم المعتبر عليه. فان صحة الحكم موقوفة على شرايط فاذا ظهر عدم بعضها لنفي الحكم، وكذا اذا علم المقلد فقد شرط في راوي الرواية التي أفتى بمضمونها مجتهده فان مثل هذا الافتاء لا يكون حجة في حق مثله فجاز له مخالفته^(١).

مسألة ١٢ - : لا بأس بجعل فردين جامعين للشرايط قاضيين اذا رضى المتخاصمان لعدم المانع وللخبر الاتي واما اذا لم يرض المدعى عليه الا بواحد ففيه اشكال .

وعلى الاول ان اختلف القاضيان في الحكم ينفذ قول أفقهما وأعلمهما بالسنة وأورعهما ويأخو قول الآخر لحسنة داود بن الحصين بطريق الشيخ دون الصدوق - عن الصادق عليه السلام في رجلين اتفقا على عدلين جعلهما بينهما في حكم وقع بينهما فيه خلاف فرضيا بالعدلين فاختلف العدلان بينهما عن قول أيهما يمضي الحكم؟ قال: ينظر الى أفقهما وأعلمهما بأحاديثنا وأورعهما فينفذ حكمه ولا يلتفت الى الآخر^(٢).

وفي الموضوع رواية مفصلة اخرى لكنني لأقبلها لجهالة عمر بن حنظلة، فالمرجح هو الاعلامية والاورعية فمع تساويهما فيهما يسقط الحكمان معاً ولا ينفذان للتعارض ومع وجود الاعلامية في أحدهما والاورعية في الآخر يشكل الترجيح وأن لا يبعد ترجيح الاول عملاً بالارتكازات وبناء العقلاء .

وفي فرض تساقط الحكمين يرجعان الى الاعلم منهما وفي رجوعهما الى

(١) لاحظ ص ١٢٥ وما بعدها من كتاب قضاء المرزا الرشتي ره .

(٢) ص ٦٤ ج ١٢ الوسائل .

ثالث مساو لهما في العلم اشكال من تعارض قضائه بقضاء أحدهما أو كليهما فلا أثر له ومن جهة صدوره بعد تساقط حكميهما فلا يعارضان حكماً معبراً .

مسألة ١٣:- لا بأس بتشكيل لجنة قضائية تتكون من جماعة جامعين للشرائط بل هي أولى بكثير من القضاء الفردي فان صدر الحكم بالاتفاق منهم ولو بتوسط واحد منهم بالوكالة فهو وان صدر بالاكثرية فان سكت الاقلية عن الراي كما هو المتداول نفذ الحكم بلا اشكال وان حكمت الاقلية المخالفة بحكم مخالف للحكم الاول فالظاهر عدم العبرة في ترجيح الحكم بالاكثرية ، بل بالاعلمية والاورعية كما سبق ففي أي الفريقين وجد العلم نفذ حكمهم .

مسألة ١٤ :- القضاء واجب كفائي على المكلفين المستعدين له باختلاف كما عن الرياض ويمكن أن نستدل عليه بوجوه :

منها انه من الدعوة الى الخير ومن الامر بالمعروف والنهي عن المنكر لكنه يوجب الحكم بعد معرفة الحق دون استماع أقوال المتخاصمين والنظر في البينة مثلاً ومع المعرفة يجب الامر على كل أحد كفاية وان لم يجمع فيه شروط القضاء ^(١) ولا يجري هذا الوجه فيما اذا ترافعا من جهة الاختلاف في الحكم اجتهداً أو تقليداً . وكذا بعض الوجوه الاتية الاخر .

ومنها فحوى مادله على وجوب الشهادة تحملاً واداء من الكتاب والسنة ولا تذكر من استدله به مع قوته .

(١) ص ٨٠ ج ١٨ الوسائل في كتاب القضاء للمحقق الرشتي (قدّه) : حقيقة

الفرق بين الامر بالمعروف والقضاء هو ان الالتزام على وجه الامر بالمعروف لا يزيد في تكليف الملزم عليه شيئاً على ما يقتضيه أدلة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر من الالتزام بخلاف الالتزام على وجه القضاء فانه سبب لوجوب الالتزام بما ألزم سواء طابق تكليفه أم خالف ... ص ٣٢ طبع مطبعة الخيام.

ومنها قوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط (النساء ١٣٥)
بل قوله تعالى: كونوا قوامين لله (المائدة ٨) لكن فيه تأمل والمتعين عدم دلالة
الامر فيه على الوجوب بل الظاهر ارادة مطلق الرجحان بخلاف الامر في
الاية الاولى فانه لا صارف لدلالته ولو دلالة عقلية على الوجوب فتأمل .

ومنها قوله تعالى : ان الله يأمر بالعدل والاحسان ... ان استفدنا الوجوب
من الامر المذكور وقوله تعالى : اعدلوا هو أقرب للتقوى (المائدة ٨) بناء
على شمول العدل للقضاء بالحق بل يمكن فهم الوجوب من قوله . . . ليقوم
الناس بالقسط .

ومنها انه مما يتوقف عليه النظام وكل ما كان كذلك فهو واجب ، واشكال
الجواهر عليه غير واضح .

ومنها صحيحة أبي خديجة المتقدمة فان الامتناع عن القضاء ردّ عملي لجعل
الامام عليه السلام وهو غير جاز .

ومنها القطع بعدم رضى الشارع بترك القضاء بين المسلمين رأساً والاكتفاء
بمجرد توصية المتنازعين بالاصلاح والعفو مثلاً خلافاً لجميع الانظمة العقلائية
في العالم .

مسألة ١٥ : يجب القضاء تعييناً على المكلف اذا لم يوجد غيره حسب
القاعدة المطردة لكن اذا وجد في بلد آخر امكن الذهاب اليه بصرف ساعات
من الوقت ومبلغ من النفود فهل يتعين القضاء على الحاضر أم لا؟ ولا يحضرني
كلام أحد في تحقيق المسألة بوجه دقيق ، ويمكن ان يعلق التعيين على مشقة
السفر الى الثاني لاغلب المراجعين فان الله يريد بهم اليسر ولا يريد بهم
العسر .

مسألة ١٦ : كما يجب القضاء يجب تحصيل مقدماته حتى تحصيل العلم

أما شرعاً وعقلاً واما عقلاً .

مسألة ١٧ :- لا يجب القضاء بدون المرافعة وطلب المدعي لانه صاحب الحق ولذا يحسن منه العفو ومع الطلب يجوز بل يحسن الاصلاح أو الامر بالاصلاح فان الصلح خير ولا منافاة بين وجوب القضاء ورجحان الاصلاح .

مسألة ١٨ :- الظاهر حرمة أخذ الاجرة على القضاء من المتخاصمين أو الحكومة أو غيرها لصحيح عمار بن مروان^(١) وما أورد عليه خلاف الظاهر^(٢) بل يمكن تعميم الحكم لما يتعلق بالقضاء كالكتابة مثلاً فان الذي جعل من السحت في الصحيح اجور القضاة دون الاجرة على القضاء فقط الا ان يدعي ان الاجر على الكتابة مثلاً من اجور الكتاب دون القضاة فتأمل .

نعم اذا اشترط عليه الحكومة الاسلامية عدم أخذ اجرة الكتابة ونحوها كما هو المتداول اليوم حرم الاخذ مطلقاً .

مسألة ١٩ :- لافرق بين الاجرة والجعل على الاقوى لشمول الرواية لكليهما كما لا يخفى .

مسألة ٢٠ :- القدر المتيقن من جواز ارتزاق القاضي من بيت المال انما هو فرض احتياجه واستحقاقه، واما اذا كان غنياً فمع المصلحة يجوز للحكومة رزقه منها ومع عدمها ففي أخذه منها تردد وكذا اذا تعين وكان غنياً ففي أخذه الرزق وجهان وعن المسالك نسبة المنع الى الاشهر .

مسألة ٢١ :- لأبأس بمطالبة القاضي اجرة السيارة الى مجلس القضاء وآلة التبريد وغيره في الصيف والشتاء وكذا لوازم مجلس القضاء .

(١) ص ٦٤ ج ١٢ الوسائل

(٢) لاحظ ص ٤ ج ١ مباني تكملة المنهاج .

مسألة ٢٢: يجوز أخذ الاجرة على الاصلاح عملاً بالقاعدة وعدم المانع .
 مسألة ٢٣: يحرم بذل المال للقاضي بغرض احقاق الباطل وابطال الحق لقوله تعالى: ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون (البقرة ١٨٧) ولافرق بين أكل المال وسائر أنواع الظلم في الغاية حسب المتفاهم العرفي ويدل على حرمة أيضاً ما دلّ على حرمة اعانة الظالم كما بيّناه في بحث المحرمات^(١) وأما ما في الجواهر^(٢) من الاستدلال عليه بحرمة اعانة الاثم فممنوع لعدم الدليل على حرمة اعانته مطلق الاثم كما بيّناه أيضاً فيها^(٣) .

مسألة ٢٤ : يجوز بذل المال له اذا توقف التوصل الى حقه لعدم دلالة ما مر على المنع حينئذ بل في الجواهر^(٤) لا اجد فيه خلافاً لقصور ادلة الحرمة عن تناول الفرض ...

أقول : اذا فرض قصور الادلة المانعة فلا فسرّق بين توقف التوصل عليه وعدمه بل يجوز بذل المال مطلقاً حتى تسهّل الوصول الحق والتفصيل بين الصورتين محل نظر، ثم الحق ان حرمة كل من الاخذ والبذل تستلزم حرمة الاخر حسب المتفاهم العرفي، وسيأتى ان اخذ الرشوة حرام مطلقاً فليكن بذلها أيضاً كذلك وان لم يدل مامر على حرمة، لكن أدلة نفي الضرر تجوز البذل عند توقف الحق عليه فيبقى

(١) ص ٤١ ج ٢ حدود الشريعة في محرماتها .

(٢) ص ١٣١ ج ٤ الجواهر .

(٣) وأما صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام : أى مؤمن قدم مؤمناً في خصومة الى قاض أو سلطان جائر فقاضى عليه بغير حكم الله فقد شركه في الاثم ص ٣ ج ١٨ الوسائل فلا تطلق فيها يحرم الاعانة في مطلق الاثم فيختص بمورده .

(٤) ص ١٤٥ ج ٢٢ .

غيره الا ان يدعي اختصاص الرشوة بحسب الوضع او بحسب اطلاق الكفر عليها في الرواية بابطال الحق فقط وعدم شموله لاحقاق الحق فيعدم الاطلاق من البين .

مسألة ٢٥ : يحرم اخذ الرشوة - مثلثة - على القاضي بلا خلاف ولا اشكال بل قيل انه ضروري بين المسلمين في الجملة ، وفي موثقة سماعة عن الصادق عليه السلام الرشا في الحكم هو الكفر بالله ^(١) .

ومثله صحيحة عمار وموثقة اخرى لسماعة وغيرها ^(٢) ولا يبعد كونها بمعنى مطلق الوصلة الى الحاجة ولو كانت حلالا غير حرام فيحرم اخذها مطلقاً .
ثم انه لا اشكال في تحققها في ضمن بذل المال كالهبة والهبة والعارية والوقف - وعقد المحاباة ونحوها فيبطل جميعها وفي شمولها للاعمال والاقوال كمدح القاضي واثان حوائجه واظهار تعظيمه نظر ربما يقوي في البال العدم خلافاً للجواهر ^(٣) وان قد تحرم على الفاعل من جهة الاذلال او الكذب أو الاعانة على الظلم ونحو ذلك واما حرمة الاستماع على القاضي او وجوب رده عمل الفاعل مثلاً فغير مدللة .

مسألة ٢٦ : اذا اعطي للقاضي الخمس او الزكاة بقصد التوسل للحكم ورشوة فقيل بحرمة وعدم ملكية القاضي لهما لاشخصا ولا ولاية على الفقراء بمعنى انه لا يدخل في ملكهم فان عنوان الرشوة مفسد للمالية كفسدية الرياء في العبادة .

نعم في صورة عدم بقاء المال عند صاحبه الا بمقدار الخمس او الزكاة

(١) ص ١٦٢ ج ١٨ الوسائل .

(٢) ص ٦٢ ج ١٢ المصدر .

(٣) ص ١٤٧ ج ٤٠ .

تحصل الملكية لانه اعطاء مال نفسه بخصوصه لمكان تعيينه له فتأمل انتهى وفيه نظر أو منع .

مسألة ٢٧ : اختيار تعيين القاضي بيد المدعي كما عن المشهور المدعي عليه الاجماع وهذا هو المختار لان له اثبات حقه باي وجه شاء .
واما في التداعي فالاختيار بيدهما معاً فان اتفقا على احد او اثنين فهو وان اختلفا فالقرعة لعموم دليلها .

وربما يقال بتقديم مختار من اختار العلم ولو كان المختار المدعي عليه لما يأتي من اعتبار اعلمية القاضي في البلد ، لكن الاعتبار المذكور لادليل عليه .

مسألة ٢٨ : يجوز للقاضي تقسيم الميراث بين الورثة اذا كان فيهم صغار لموثقة سماعة قال : سألت عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية وله خدم ومماليك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث؟ قال عليه السلام ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس ^(١) فاذا جاز ذلك للثقة جاز للقاضي بطريق اولي .

وكذا يجوز له بيع أموال من يموت بغير وصية وله ورثة كبار وصغار لصحيح اسماعيل بن سعد عن الرضا عليه السلام الدال على جوازه اذا قام عدل في ذلك ورضى الورثة بالبيع ولصحيح البزنطي ^(٢) .

وعلى الجملة القاضي ان كان مجتهداً فله الولاية الثابتة بالادلة المعتبرة ، وان لم يبلغ مرتبة الاجتهاد فقد جوزنا له القضاء بمعتبرة ابي خديجة . وغير القضاء من المناصب والافعال المختصة بالفقيه لايجوز له التشبث بها الا

(١) ص ٤٧٤ ج ١٣ الوسائل .

(٢) ص ٢٧٠ ج ١٢ .

إذا دلّ الدليل عليه بخصوصه كتقسيم الميراث ونحوه أو اذن له الفقيه الجامع للشرائط .

ويمكن أن نجوز له اجراء الحدود والتعزيرات كالامر بالقصاص وحدّ القذف ونحوه بل نجوز له كل ما جاز للقضاة الحكوميين (الرسميين) في عصر الصادق عليه السلام الا ما ورد الدليل على منعه بخصوصه، تنزيلا للجعل الصادر عنه عليه السلام على ما هو المتداول ، فتأمل فيه .

القول فى شروط القاضى

مسألة ٢٩ : يعتبر فى القاضى امور :

اولها العقل واعتباره واضح بل يعتبر كما له اى الرشد فلا يصح قضاء السفیه وقد قيل انه لاختلاف فيه ، ولعل مدرکه بناء العقلاء علیه .

ثانيها البلوغ ، ثالثها الذکورة ، لان الوارد فى الروایات المعتبرة هو الرجل فلا دليل على انفاذ قضاء الطفل والمرأة ، نعم اطلاق بعض الايات المتقدمة المستدل بها على وجوب القضاء يشمل المرأة أيضاً وكذا قاعدة الاشتراك .

الا ان يقال القضاء كتجهيز الميت فى احتياجهما الى اذن الولی وعدم كفاية الادلة الدالة على الوجوب الكفائي بمجردھا للمباشرة كما نقلناه عن القوم ولم يثبت اذن ولي المؤمنين للمرأة ، وقاعدة الاشتراك لامسرح لها بعد اتفاق اهل الفتوى على الاختصاص .

رابعها طهارة المولد للاجماع المنقول وفحوى ما دل على المنع من شهادته وامامته فتدبر .

وخامسها الايمان للروایات الكثيرة واعتباره فليكن ضروريا فى الفقه لكن الظاهر جواز نصب غير المؤمن من قبل الحكومة الاسلامية على امثاله لعدم

الدليل على المنع .

سادسها العدالة للاجماع المنقول وفحوى ما دل على المنع من شهادته وامامته وولايته على يتيم^(١) وكون الركون اليه من الركون الى الظالم ، والعمدة هو الفحوى الثابت من اعتبارها في الشهادة ان شاء الله تعالى والا لقلنا بكفاية كونه صالحاً صادقاً وان لم يكن عادلاً .

سابعها الضبط وعدم غلبة نسيانه على ذكره لانصراف الدليل عن مثله ، ولبناء العقلاء على عدم تاهله لمثل هذا المنصب ويحرز هذا الشرط بالاصل . ولايبعد ان يكون هذا شرطاً للجواز والنفوذ معاً فلا يجوز لغير الضابط التصدي للقضاء اذا لم يطمئن بصحة قضائه حسب الموازين الشرعية ففي صحيحة معاوية بطريق الصدوق عن الصادق عليه السلام اى قاض قضي بين اثنين فاخطأ سقط ابعد من السماء^(٢) .

ثامنها الكتابة .

تاسعها الحرية .

أقول لادليل على اعتبارهما ، وعلى اعتبار النطق والسمع ونحو ذلك فاذا امكن القضاء بدونها جاز ونفذ والا فلا بد من اعتبارها واعتبار كل ما يتوقف عليه القضاء . عاشرها العلم واعتباره ففي جواز القضاء ونفوذه فليكن واضحاً مفروغاً عنه .

مسألة ٣٠ : هل يعتبر ان يكون العلم بالاحكام ومسائل القضاء اجتهادياً مأخوذاً من الادلة التفصيلية ام يكفي كونه عن تقليد صحيح ؟ وعلى الاول هل يكفي علمه بالمسألة المتنازع فيها ام لابد من كون القاضي مجتهداً مطلقاً ويكون

(١) ص ٢٧٠ ج ١٢ الوسائل .

(٢) ص ١٨ ج ١٨ الوسائل .

المتجزي كالعامي في عدم نفوذ قضائه ؟

قبل لاخلاف بل ادعي الاجماع على اعتبار الاجتهاد وعدم كفاية التقليد لوجوه:
منها انه القدر المتقين في نفوذ القضاء لعدم اطلاق لفظي في البين وانما
اوجبهنا لحفظ النظام . ويضعفه ما مر منا من الاطلاقات .

ومنها رواية عمر بن حنظلة ففيها .. ينظر ان من كان منكم ممن قد روي
حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف احكامنا فليرضوا به حكماً فاني قد
جعلته عليكم حاكماً ^(١) ويرده ضعف السند بعمر المذكور ولا تجبرها الشهرة
ان تحققت على المختار وان سميت الرواية في لسان بعضهم بالمقبولة فلا يقيد
بها اطلاق صحيحة ابي خديجة .

ومنها صحيحة ابي خديجة المتقدمة لكن دلالتها على عدم اعتبار الاجتهاد
المطلق واضحة ، ومقتضى اطلاقها واطلاق بعض الايات المتقدمة كفاية مطلق
العلم ولو عن تقليد معتبر وهذا هو الاظهر وقد بيّنه صاحب الجواهر (قدسه)
أحسن بيان .

لا يقال : قوله في صحيح داود بن الحصين . . . الى افقهما وأعلمهما
بأحاديثنا ^(٢) يدل بوضوح على اعتبار الاجتهاد اذ لا علم للمقلد بالاحاديث .
فانه يقال : نعم لكنه من المرجحات عند التعارض ومن الواضح انه ليس
كل مرجح بمعتبر في الحجية ، ولذا لا يعتبر شيئاً من المرجحات المقررة في
باب تعارض الروايات في حجية الخبر .

ويقال ان أول من ذهب الى جواز قضاء العامي وعدم اشتراط الاجتهاد
هو المحقق القمي رحمه الله واما ما فصله واطاله المرزا حبيب الله الرشتي (قدسه)

(١) ص ٩٩ ج ١٨ الوسائل .

(٢) مر الحديث في المسألة الحادية عشرة .

من اعتبار الاجتهاد ومنع قضاء المقلد في كتاب قضاائه فأظنه غير مفيد كما يظهر وجهه مما ذكرناه هنا .

نعم اجاز قضاء المقلد في فرض الاضطرار باذن المجتهد ونصبه مقلداً عالمياً غير مجتهد وأوجب عليه القضاء بفتوى الناصب دون فتوى من يقلده .

لكنه أيضاً ممنوع لعدم جواز القضاء الا عن فتوى صحيح فاذا فرض اعتقاد القاضي بأعلمية مجتهد من المجتهد الناصب كيف يجوز له القضا بفتواه خصوصاً اذا كان المترافعان يقلدان مجتهد حتى اذا شرط الناصب عليه القضاء بفتواه .

نعم يمكن ذلك فيما اذا كان المترافعان مقلدين للناصب فلاحظ ولا فرق فيما ذكرنا بين فرض الاضطرار والاختيار والله العالم ، وذهب المحقق الاشثاني في كتاب قضاائه الى ما يقرب مذهب المرزا - وكلاهما معاصران ومن تلامذة الشيخ الانصاري قدس الله اسرارهم - لكن اقواله ايضاً غير مقنعة و الحق احق بالقبول .

مسألة ٣١ : لاعتبر اعلمية القاضي ممن في البلد حتى اذا علم اختلاف الاعلم مع غير الاعلم في القضاء لاطلاق صحيحة ابي خديجة السابقة وظهور صحيحة داود بن الحصين خلافاً للمنسوب الى المعروف من اعتبارها وما عن أمير المؤمنين عليه السلام من قوله في عهده الى الاشر : اختر للحكم بين الناس أفضل رعينك . يحمل على الارجح فان الافضلية اوسع مفهوماً من الاعلمية ولم يقل احد باعتبارها .

مسألة ٣٢ : قيل لا يعتبر الاجتهاد في قاضي التحكيم وهو من يختاره المتنازعان للتحاكم اليه لاطلاق قوله تعالى ﴿واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾ واطلاق رواية ابي خديجة السابقة وصحيح الحلبي قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام : ربما كان بين الرجلين من اصحابنا المنازعة في الشيء فيتراضيان برجل منا ، فقال :

ليس هو ذاك انما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسطوط^(١).
ولعل المعروف بينهم اعتبار جميع ما يشترط في القاضي المنصوب عن
الامام عدا الاذن^(٢).

اقول: لا بد من تقييد صحيح الحلبي بغيره مما دل على اعتبار العلم والعدالة
وغيرهما لعدم احتمال نفوذ قضاء الرجل الجاهل المتجاهر بالفسق المتولد من
الزنا مثلاً، وأدلة شروط القاضي بعد فرض تماميتها لا تفرق بين المنصوب وغيره
فافهم والاية ورواية ابي خديجة الجمال قد عرفت نظارتهما الى المنصوب ولا
اقل من كون الاية مطلقة غير مختصة بقاضي التحكيم ودعوى الاختصاص تحكم
بارد.

وعليه فلاموضوع لقاضي التحكيم اذ كل من وجد فيه الشرايط المعتبرة
فهو منصوب بالاذن العام وان فقد بعضها لا يصح قضائها لعدم الدليل.
نعم اذا ثبت اعتبار الاجتهاد في القاضي المنصوب امكن صحة تقسيم
القاضي الى المنصوب وقاضي التحكيم لتحقيقه في العلماء غير البالغين حد
الاجتهاد ولكنه لم يثبت فتلغو القسمة رغم دعوى الاجماع عليها. ويحتمل
تصحيحها بعدم اعتبار طهارة المولد والعدالة في قاضي التحكيم بل يكفي علمه
وصدقه.

مسألة ٣٣: ذكر جمع ان كل من لا تقبل شهادته لشخص أو عليه لا ينفذ
قضائه كذلك كشهادة الولد على والده والخصم على خصمه ولكنه لم يذكروا
له دليلاً مقنعاً فالأظهر نفوذ قضائه وان فرض عدم قبول شهادته.

(١) ص ٥ ج ١٨ الوسائل.

(٢) لاحظ ص ٢٨ ج ٤٠ من الجواهر.

مسألة ٣٤ : يحرم القضاء على من لم يجمع فيه الشروط المذكورة وهو موضع وفاق بين اصحابنا وقد صرحوا بكونه اجماعياً كما عن المسالك لظهور النص والفتوى في كونه من المناصب المختصة بالامام على نحو لا يجوز لغيره التصدي له الا باذنه ، وقد سبق ان العمدة في اثباته صحيحة سليمان بن خالد وفي دلالتها على الحرمة النفسية اشكال ما .

نعم لا شك في حرمة في فرض جهل المحكوم عليه وأخذ المال منه أو حبسه واحضاره الخصم بغير رضاه ونحو ذلك من التصرفات ، واما مع العلم بحاله وببطلان قضائه فاثبات الحرمة الذاتية محل اشكال والله العالم .

نعم يمكن ان يقال ان العلم والضبط يشترطان في جواز القضاء وغيرهما شروط للصحة والنفوذ فلا يجوز لغير العالم والضابط القضاء مطلقاً وان عرفه المتنازعان وعلمنا بطلان قضائه لاطلاق بعض الروايات كصحيح ابي بصير على اشكال في محمد بن حمران الواقع في السند عن الصادق عليه السلام من حكم في درهمين بغير ما انزل الله عز وجل فهو كافر بالله العظيم ^(١).

وصحيح ابي عبيدة عن الباقر عليه السلام : من افتي الناس بغير علم ولا هدى عن الله لعنه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب ولحقه وزر من عمل بفتياه ^(٢) .

لكن ذيل الصحيح يصلح بياناً للمقام فتأمل .

وأما قوله تعالى واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل فيشكل استفادة الاطلاق بالنسبة الى عدم اعتبار شروط القاضي منه لاحتمال كونه ناظراً الى لزوم القضاء بالحق والمنع عن القضاء بالجور والباطل فتدبر .

مسألة ٣٥ : اذا علم القاضي المنصوب من قبل الحكومة الاسلامية فقدان

(١) ص ١٨ ج الوسائل .

(٢) ص ٩ المصدر .

بعض الشروط في حقه لا يجوز له تقبل المنصب والتصدي للقضاء وكذا اذا كان ولي الامر او نائبه عارفاً بحاله ومع ذلك نصبه للتقية واما اذا نصبه لضرورة اخرى جازله القضاء وجاز للمكلفين الترافع اليه في هذه الصورة دون الصورتين الاولتين ، ونصب شريح وابقائه على القضاء يحتمل كلا الوجهين .

مسألة ٣٦: يحرم الترافع الى من ليس اهلاً للقضاء . لقوله تعالى الم تر الى الذين يزعمون انهم آمنوا .. يريدون ان يتحاكموا الى الطاغوت وقد امروا ان يكفروا به ... (النساء ٦٠) لكن المتيقن من الطاغوت الظالم المتعدي الذي يحكم على هواه وبغير ما انزل الله كما يظهره مما بعد الآية ومنه القضاة الفسقة المنصوبة من قبل الحكومات غير الاسلامية والمستخدمين في الانظمة اللاشريعية كما دلت عليه الروايات^(١).

أما الترافع الى مطلق من ليس جامعاً للشرايط كبعض علماء أهل الحق الذين لا يجورون في الحكم ولكن يفقدون بعض الشروط كالعدالة والذكورة بل البلوغ فلا تشملهم الآية والروايات فيمكن ان يقال بجوازه توصلاً الى حقه ولو من باب التقاص مع اعتقاده بطلان حكمه ونفوذ قضائه شرعاً الا ان ينعقد الاجماع على حرمة بل عن المسالك ان ذلك (الترافع الى من ليس اهلاً للقضاء) كبيرة عندنا واستدل عليه سيدنا الاستاذ الحكيم (قده) بمادل على حرمة الاعانة على الاثم وما دل على حرمة الامر بالمنكر وبيعض الروايات^(٢).

لكن الاولين غير تامين في انفسهما وغير شاملين لما نحن فيه على الفرض والاخير قد ذكرنا ان المعتبر منه غير دال على المنع. وعلى ذلك يمكن التفصيل بين فقدان الشرايط في حرمة الترافع ولذا قال الصادق عليه السلام في صحيح ابن

(١) لاحظ اول كتاب القضاء من الوسائل ج ١٨ .

(٢) (٢) ص ٧١ ج ١ مستمسك العروة الوثقى الطبعة الثالثة .

سنان المذكور في أوائل كتاب القضاء من الوسائل ايما مؤمن قدم مؤمنا في خصومة الى قاض أو سلطان جائر فقصى عليه بغير حكم الله فقد شرکه في الاثم فلاحظ وتأمل .

وعلى كل حال لا اشكال في جواز الترافع اليه في فرض توقف حصول حقه عليه لقاعدة نفى الضرر بل يجوز الحلف كاذباً حينئذ ^(١).

مسألة ٣٧ : المعروف المدعى عليه الاجماع حرمة ما اخذ بحكم الحاكم غير الجامع للشرايط وان كان الاخذ محققاً بلافق بين العين والدين . أقول : مقتضى القاعدة الاولى حلية العين . وأما الدين فان كان الاخذ غير عالم باستحقاقه فحرمة اخذه واضحة وان كان عالماً فان قلنا باختصاص جواز التقاص بصورة عدم التمكن من الترافع الى الحاكم الشرعي فالحرمة أيضاً ثابتة لعدم مجوز للتصرف في مال الغير مع فرض بطلان الحكم ، وان فرض جواز الترافع تكليفاً . واما ان قلنا بجواز التقاص مطلقاً فالحرمة محتاجة الى دليل معتبر .

ورواية عمرو بن حنظلة لانقول بحجيتها . بل مقتضى اطلاق موثقة ابن فضال عن الرضا عليه السلام جواز الاخذ ففيها... هو أي الرجل يعلم انه ظالم فيحكم له القاضي فهو غير معذور في أخذه ذلك الذي قد حكم له اذا كان قد علم انه ظالم ^(٢) .

والظاهر ارادة القضاة الجائرين لان الرواية تفسر قوله تعالى وتدلوا بها الى الحكام .

مسألة ٣٨ : اذا ادعى المحكوم عليه عدم علمه بعدالة القاضي أو علمه

(١) ص ١٣٤ ج ١٦ الوسائل .

(٢) ص ٥٥ ج ١٨ .

مثلاً فإن كان القاضي منصوباً من قبل الحكومة الإسلامية لا يسمع ظاهراً للسيرة بل ولبناء العقلاء فتأمل .

ومن هنا يظهر الحال في اطلاق ما ذكرناه ذيل المسألة الثامنة وأما اذا ادعى علمه بعدم عدالته فيسمح له بالاثبات وكذا اذا لم يكن منصوباً من قبلها وانما الاشكال في فرض ادعاء شكته في عدالة القاضي غير المنصوب من قبلها وانما قضى بالاذن الشرعي. من اقتضاء القاعدة عدم نفوذ حكمه عليه فانه شاك في شرط النفوذ ومن استلزامه سد باب نفوذ القضاء لامكان الادعاء المذكور من كل محكوم عليه فتأمل .

مسألة ٣٩: يصح للقاضي أن يحكم بعلمه كما يحكم بالبينه والاقرار واليمين بالافرق بين حقوق الله وحقوق الناس لصدق الحكم بالحق والعدل الوارد في الكتاب والسنة ولان العلم حجة عقلية وحاك عن الواقع. والحصص في قول الرسول الاعظم ﷺ : انما اقضى بينكم بالبينات والايمان وبعضكم الحن بحجته من بعض فأما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فانما قطعت له قطعة من النار ^(١) ناظر الى ما يتوقع الناس من حكمه بعلم النبوة والغيب لا الى مطلق غير البينة واليمين حتى يسقط الاقرار أيضاً عن الاعتبار .

وهذا أي جواز الحكم بالعلم هو المعروف المدعى عليه الاجماع والمخالف نادر نعم لا يجوز له اقامة الحد في حقوق الناس قبل مطالبة صاحب الحق .

ويقال ان في المسألة أقوال أربعة للفقهاء .

أولها عدم جواز القضاء بعلمه مطلقاً .

ثانيها جوازه مطلقاً .

(١) ص ١٦٩ ج ١٨ الوسائل صحيحة هشام عن الصادق .

ثالثها الجواز في حقوق الناس دون حقوق الله .

رابعها عكس الثالث، والأصح هو الثاني كما عرفت .

مسألة ٤٠ : لا يجوز اصدار الحكم بالبيننة واليمين والاقرار اذا علم القاضي كذب الشهود والحالف والمقر ولا يجب عليه سماع الدعوى والشهادة اذا علم بكذب الدعوى وهذا واضح .

مسألة ٤١: قال الشهيد في قواعده: اذا ادعى الى الحاكم ويعلم براءة ذمته لاتجب الاجابة الا أن يخاف فتنة، ولو كان المدعى به عينا وسلمها لم تجب الاجابة، وكذا لو كان معسراً وعلم انه يحكم عليه بجور بل ربما حرم كفاي القصاص والحد لانه تعريض بالنفس الى الاتلاف^(١) .

أقول: واذا دعاه الحاكم وجب عليه اجابته الا في الفرض الاخير مع القطع بالبراءة، فان علمه ببراءة ذمته لا ينافي وجوب اجابة الحاكم للحضور في مجلسه والجواب عما يسأله الحاكم، والظاهر ان مراد الشهيد فرض تحقق الطالب من قبل غير الحاكم كالمدعي كما يستفاد من أول كلامه المذكور . نعم يرد عليه انه حينئذ لاتجب الاجابة حتى مع الشك في براءة ذمته :

(١) ص ١٩١ ج ٢ الطبعة الجديدة بقم ذيل القاعدة (٢١٦) .

القول فى أحكام الدعوى

مقدمة فى بيان المدعى و المنكر

المدعى هو الذى يدعى شيئاً على آخر ويكون مكلفاً بإثباته فلاحقيقة شرعية له سوى معناه العرفى كما حققه صاحب الجواهر^(١) وعن المشهور انه هو الذى يترك لو ترك الخصومة .

وأورد عليه بعدم الانعكاس فان الدعوى قد تكون لتحقيق الحق على الغير وقد تكون للخروج من حق الغير عليه كدعوى الاعسار والوفاء واداء المغصوب والوديعة وغيرها مما لا يترك لو ترك وكدعوى الزوج عدم التصرف بالزوجة مع الخلوة فانه مدع عندهم ولا يترك لو ترك الدعوى فانها تطالبه بتمام المهر بدعوى دخوله بها والفرض ان القول قولها مع الخلوة وقيل ان مدعى فساد المعاملة يطالب بالمبيع أو الثمن ولا يترك لو ترك وعن بعضهم انه الذى يدعى خلاف الاصل وعن ثالث انه الذى يدعى أمراً خفياً منافياً لظاهر الشرع وعن الرابع التردد بين خلاف الاصل والامر الخفى ويفهم معنى المنكر من هذه الكلمات أيضاً فانه فى مقابل المدعى .

وأورد على الثاني انه ان اريد مخالفة كل أصل ففيه ان كثيراً من أفراد المدعي موافقة لأصل العدم وغيره ولكنها مخالفة لأصل الصحة ونحوه وان اريد مخالفة بعض الأصول فلا يتميز عن المنكر الذي قد يخالف أصلاً من الأصول .

وان شئت تفصيل الكلام حول الاقوال فلاحظ المطولات^(١).

تتميم

قال الاصولي العراقي في ص ١٠٦ كتاب قضائه :

ثم انه لو شك في مورد تشخيص المدعي عن المنكر من جهة عدم احراز حجة شرعية أو عرفية ففي الاكتفاء بالبيننة نظر... من جهة الشك في ميزانيتها بعد اقتضاء التفصيل قطع الشركة في عموم البينة على المدعى الخ وحينئذ فلو أقام أحد الطرفين بينة فان حلف على طبق دعواه مع رضا غيره بحلفه فيحكم له للعلم الاجمالي بوجود الميزان والا فلا مجال للحكم على طبق واحد منهما في ظرف انفراده عن غيره للشك في قيام ميزان الفصل في المسئلة وحينئذ فمافسي الجواهر من ان عموم دليل البينة يقتضي الحكم على طبقه منظور فيه انتهى .

أقول سيأتي ان الاظهر هو قول صاحب الجواهر .

مسألة ٤٢ : يشترط في سماع الدعوى امور :

١ - عقل المدعي واعتباره واضح فلا يسمع القاضي دعوى المجنون وغير المميز ونقل عن جمع اعتبار الرشد لكنه في مثل القتل والجرح والغصب وغيرها مما ليس تصرفاً مالياً لا دليل عليه وأما فيه فلا بأس باعتباره فان السفه

(١) كالجواهر وقضاء الاشتياني وقضاء الرشتي والقواعد الفقهية وغيرها .

ممنوع من التصرف المالي فلا أثر لدعواه كما قيل لكن فيه تأمل ربما يظهر وجهه من البحث حول البلوغ .

٢ - بلوغه ، ولا خلاف في اعتباره كما قيل ، واستدل له بالاجماع ودعوى انصراف الادلة عن الطفل ، بل وعدم صدق الدعوى على ادعائه فانها انشاء يترتب عليه أحكام وعبارته مسلوقة عنه لاتفاق النص والفتوى على عدم جواز أمره حتى يبلغ .

أقول : الاجماع منقول وعدم صدق الدعوى على دعواه ممنوع ، اذ لم يثبت اتفاق النص والفتوى على سلب عبارته بهذا المقدار .

وأما الانصراف فيمكن أن نوجهه بما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله من ان القضاء لاجل فصل الخصومة بين المترافعين غير متحقق في حق غير البالغ لعدم الاعتبار باعترافه واحلافه وحلفه اذا رد عليه، نعم اذا حضر وليه المتمكن من اقامة الدعوى بالبينة والاحلاف والحلف أمكن القضاء لكنه لادليل على وجوب تصدي القضاء في مثله على القاضي .

ثم ذكر وجوب سماع دعوى الطفل في فرض عدم تمكن وليه من اقامة البينة حفظاً للنظام فان أقام البينة والا تؤجل الدعوى حتى يبلغ^(١) .

أقول: يمكن أن يقال ان العمدة في المقام هي صحيحة أبي خديجة وصحيحة الحلبي المتقدمتان وعدم شمولهما لدعوى للاطفال واضح لكن في شمول الايات الامرة بالعدل والقسط كفاية وقد مر نقل بعضها فافهم .

يقول المحقق العراقي في كتاب قضاائه (ص ١٠٨) بسل العمدة عدم سلطنة غير البالغ على مطالبة الحق الثابتة حتى في حال الشك في ثبوت حقيقته ، والسلطنة على الدعوى من شئون تلك السلطنة وفروعها .

أقول هذا القول غير بين ولا مبين .

فالأظهر عدم اعتبار بلوغه في المقام فلا بد للقاضي من سماع دعواه واحضار من يدعي عليه وتحقيق الحال فان احتيج الى وليه أحضره والى وكيل نصبه من باب الحسبة ، نعم لا يصح حلفه اذا رد عليه وأما حلف منكر دعواه فان قلنا بتوقفه على احلاف المدعي ففي المقام لا يصح لعدم الاعتبار باحلاف الصبي وان قلنا بعدمه وانه من شأن القاضي بعد ادعاء المدعي وعدم اقامته الدعوى فهو معتبر يقطع به الدعوى المذكورة .

بقى شيء لم يتعرض له أحد من الفقهاء على ما أعلم وهو اعتبار العقل والبلوغ بل والرشد في المالبات في المدعي عليه ، واثبات بعض المحرمات على المراهق والمميز بغرض تعزيره ليس من الدعوى في شيء بل يرجع الى الشهادة ولا أعلم وجهاً ظاهراً لسكوته عن ذكر اعتبارها في حقه .
والاقوى عدم اعتبار البلوغ فيه أيضاً فاذا أتلّف غير البالغ مال أحد فله اقامة الدعوى وطلب الخسارة من ماله بتوسط وليه، نعم لا يتوجه اليه اليمين وليس له ردها فان أقام المدعي البينة والاتّوجل الدعوى .

٣ - أن يدعي لنفسه أو لمن له حق الدعوى عنه بالولاية والوكالة والوصاية فلا تسمع الدعوى من أجنبي بلا خلاف لعدم أثر لها .

أقول: والصحيح صحة الدعوى اذا كان لمدعيه نحو تعلق كدعوى المرتهن والودعي والمستعير والملنقط وأمّا لهم اذا ادعوا غصب العين على أحد وكدعوى أحد الورثة أو الشركاء مالا مشتركاً على أحد ونحو ذلك ، نعم لا تسمع دعوى الاجنبي الذي لا ربط له بالمدعي أو بالدعوى بوجه لما مر من عدم لزوم القضاء من غير طلب صاحب الحق .

مسألة : ٤٣ : اذا كان المدعي غير صاحب الحق كالولي والوصي ونحوهما

فله اقامة البينة واحلاف المنكر فان الثابت في الروايات ذلك لعنوان المدعي وان رد الحلف عليه وكان عالمًا فحلف ثبت الحق استناداً الى ما دل على ثبوت الحق بحلف المدعي من دين اختصاص له بحلف صاحب الحق كما نسب الى المشهور فلاحظ وتأمل .

وأما اذا لم يحلف فسقطت الدعوى من جانب المدعي ولصاحب الحق تجديدها ان شاء لعنه الدليل على سقوط حقه بعدم حلف وكيله أو وليه مثلاً .
مسألة ٤ : اذا أقام الاجنبي بينة على اثبات أمر رتب عليها الاثار وان لغت الدعوى ، وذلك لعموم حجية البينة بالنسبة لكل أحد ولا يشترط اعتبارها بكون مقيمها صاحب الحق أو وليه مثلاً ، كما لا يشترط بدعوى المدعي خلافاً لما حكى عن الشيخ نعم اذا كذبها المدعي سقطت من الاعتبار ، فتأمل .

٤ - أن تكون الدعوى ممكنة عقلاً وعادة وشرعاً فلا يسمع دعوى المسلم على غيره خمرًا أو خنزيراً وهذا ظاهر .

٥ - أن يكون للدعوى أثر شرعي فلا تصح دعوى الهبة والوقف من دون قباض وكذا دعوى البيع الربوي والدعوى على عدد غير محصور كان يدعي مالا على أحد من أهل وطنه وكذا اذا ادعى شيئاً ولم يذكر المدعي عليه، نعم يسمعها الشرطة تحفظاً على الامن والفحص عن المجرم . واعتباره أيضاً واضح وأما اذا ادعى على جمع محصور ففيه بحث يأتي .

٦ - أن يكون المدعي به معلوماً بوجه ما ، فلا تسمع دعوى المجهول المطلق كدعوى ان لي عنده شيئاً للتردين كونه مما تسمع فيه الدعوى وما لا تسمع فيه . ونفى صاحب الجواهر^(١) الريب فيه ، لكن فيه نظر فان احتمال ادعاء مالا مالية له مدفوع ببناء العقلاء على عدمه واحتمال ادعاء مالا يملك مدفوع باصالة

الصحة، وبالجمله مالم يثبت بطلان الدعوى يجب على القاضي سماعها عملاً بالاطلاق وان ادعى علم المدعي عليه بالمقدار مثلاً فله احلافه وان شهدت البينة بعلمه حبسه الحاكم حتى يقر ومحل الاشكال ما اذا لم تقم البينة على علمه بالمدعي به فبقى مجهولاً اذ لا يمكن للقاضي الزام المدعي عليه بشيء اذا لم يتصالحا فأثر سماع دعوى المجهول يظهر في فرض اعتراف المدعي عليه به مع توافقهما على التفسير وفي فرض شهادة البينة بعلمه فيحبس حتى يبينه ، وفي غيرهما لا أثر للدعوى ولعلمه مراد المشترطين لهذا الشرط وبعبارة واضحة ان فائدة سماع الدعوى هو الالتزام بها بعد ثبوتها وهي غير متصورة في الدعوى المجهولة الا اذا فرض لها القدر المتيقن فيلزم بدفعه .

لا يقال في المتباينات يجب الاحتياط ولو بدفع الجميع الى المدعي فانه يقال ليس للحاكم الزام المدعي عليه بهذا الاحتياط بل خلاف الواقع واضاعة المال على مالكة المدعي عليه جزماً ، وانما الاحتياط وظيفة المكلف نفسه حسب علمه ولعلمه واضح .

٧ - أن تكون الدعوى على نحو الجزم فلا تسمع على نحو الظن أو الاحتمال فان احضار المدعي عليه أو مطالبته بالحلف لا يجوز من دون وجه ، وقال سيدنا الاستاذ دام ظله ان قول المدعي عليه مطابق لامارة أو أصل من الاصول العملية، ومقتضى اطلاق الحجية فيها لزوم ترتيب الاثر على المدعي أيضاً فلا يجوز له الزام المدعي عليه بشيء .

واستدل له أيضاً بعدم صدق الدعوى عليه عرفاً فانها الخبر الجازم . وبأن من لوازم الدعوى الصحيحة امكان رد اليمين على المدعي وهو منتف هنا فهذه وجوه أربعة .

لكن عن الايضاح والمجمع وميل المسالك عدم اشتراط الجزم فيها، وعن بعضهم التفصيل بين ما يعسر الاطلاع عليه كالقتل والسرقة وغيره فتسمع في الاول دون الثاني وعن بعضهم سماعها في موارد التهمة وقيل بالرجوع الى العرف في صدق الدعوى المقبولة وعدمها وقيل بان المدار على ما يتعارف من الخصومة بسببه سواء كان بجزم أو ظن أو احتمال وان فرض عدم صدق الدعوى عليه لصدق المنازعة والمشاجرة والتحاكم عليه، ولا ريب في صدق الخصومة والمشاجرة مع عدم الجزم فيما يجده الوصي أو الوارث من سندات أو دفنر أو شهادة من لا يوثق بهم أو غير ذلك وهذا القول يشمل القول الرابع ~~فان جميع موارد التهمة عند العرف من الدعوى المقبولة .~~

أقول : المانع في المقام تارة يلاحظ بالنسبة الى اقدام القاضي واخرى يلاحظ بالنسبة الى المدعى نفسه .

أما القاضي فالظاهر عدم المانع له من وجوب اقدامه باحضار المدعى عليه وتحقيق الدعوى لان الحكم بالقسط والعدل عليه لازم وهو منصوب شرعاً للقضاء في موارد التحاكمات ومع احتمال اقرار المدعى عليه أو حلفه لا دليل على تمكنه من ابطال الدعوى وعدم سماعه إياها فتأمل .

أما المدعي فبيان حكم ادعائه جوازا و حظراً موقوف على بيان بعض موارد المقام فنقول :

(المورد الاول) ما اذا ادعى من بيده المال تلفه وكان متهماً أو لم يكن أميناً فيجوز للمالك الدعوى عليه وأخذ المال منه اذا لم يقم البينة على سرقته مثلاً وان لم يجزم المالك ببطلان قوله وهذا مما يستفاد من الروايات ^(١) .

(الثاني) ما اذا ظن أو احتمل ان له على فلان حقاً - ديناً أو عيناً - من غير

ارتكاب محرم فيجوز الترافع وان أنكره الطرف الآخر اذا احتمل استناد انكاره الى الغفلة أو النسيان والا فيشكل كما يأتي في المورد الثالث.

(الثالث) ماذا ظن أو احتمال ان فلاناً أخذ ماله بوجه محرم كالسرقة والغصب ونحوهما وفي مثله لا يجوز اتهام الطرف اذا كان مؤمناً لأن من اتهم أخاه المؤمن انما اتى الايمان في قلبه كما ينمات الملح في الماء ولما مر من الاصل الدال على براءة الطرف المذكور والترافع نوع من الاتهام .

نعم اذا كان السكوت حرجياً له لا يحرم دعواه المظنونة فافهم وحينئذ فان أقر المدعى عليه او حلف فهو وان رد اليمين عليه لا يجوز له الحلف وهو واضح. (الرابع) ماذا علم المدعى بثبوت حق له على واحد من جماعة معدودة فقيل بالمنع من الدعوى ، والاظهر جوازه حتى اذا كان على النحو الثالث لمكان علمه باصل المدعى فان أقر أحدهم أو حلفوا جميعاً أو ثبت براءة غير واحد بعلم أو علمي بعد اقامة البينة فهو واما اذا ردوا اليمين اليه وحلف ففي توزيع المال على الجميع أو على أحدهم بالقرعة وجهان وكذا اذا أقام البينة ولم يثبت براءة اثنين منهم فصاعداً .

(الخامس) ماذا ادعى اثنان على أحدهما لآخرهما عليه حقاً فان أقر أو حلف فهو وان رد اليمين يحلف كلاهما على طبق دعواهما واذا ثبت المال عليه وأمره الحاكم بدفعه فالظاهر تعيين المستحق بالقرعة اذا لم يتصالحا . (السادس) ماذا ادعى ان المال ان كان من جنس كذا فمقداره أو قيمته كذا وان كان من جنس كذا كان مقداره أو قيمته كذا .

(السابع) ان المدعى عليه ان كان فلاناً فعليه عشرة وان كان فلاناً فعليه عشرون فعند ثبوت الحق بالبينة مثلاً وعدم اثبات التفصيل يؤخذ منه القدر المتيقن في الموردين فتأمل.

مسألة هـ : لا يعتبر في صحة الدعوى الكشف عن الاسباب في الاملاك

والعقود اجماعاً كما قيل لكن في مثل القتل يجب على الحاكم السؤال عنها عن البيئة والمقر من كونه عن عمد أو خطأ وبالجملّة اذا أقرّ بجامع لا بد من التحقيق عن تعيين الفرد من بين الافراد المتفاوتة حكماً لبناء العقلاء على ذلك ولا أقل من انه أحوط .

مسألة ٤٦: اذا قطع المدعى عليه دعوى المدعي بدعوى اخرى لم تسمع حتى يجيب عن الدعوى التي هي أحق من دعواه بالسبق فاذا انتهت الحكومة يستأنف هو دعواه ان شاء .

مسألة ٤٧: الظاهر صحة المصالحة على ترك حق الدعوى بحلف المنكر لان الحق قابل للاسقاط وذكر بعض العلماء في منعه أشياء هو أعلم بها^(١) .

مسألة ٤٨- يصح اقامة الدعوى والقضاء على الغائب بلا خلاف لصحيح جميل من اصحابنا عنهما عليه السلام: الغائب يقضي عليه اذا قامت عليه البيئة ويبيع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ، ويكون الغائب على حجته اذا قدم . قال: ولا يدفع المال الى الذي اقام البيئة الا بكفلاء^(٢) والظاهر من قوله (اذا قدم) كون الغائب مسافراً أو من بلد آخر وعليه يشكل الحاق الحاضر بالمسافر اذا امكن احضاره خلافاً للمنسوب الى المشهور المدعى عليه الاجماع ، نعم لا يبعد الحاق الحاضر الممتنع أو المتعذر عن الحضور به فتدبر .

نعم نقل عن فتوى الاصحاب انه لا يقضي على الغائب في حقوق الله كالحد المترتب على الزنا واللواط لان الحدود مبنية على التخفيف ولذا درئت بالشبهة التي يكفي فيها احتمال ان للغائب حجة تفسد الحجة التي قامت عليه فلو قامت

(١) ص ٥٨ كتاب القضاء للسيد الشيرازي دام ظله

(٢) ص ٢١٦ ج ١٨ الوسائل .

البينة على سرقة الغائب يقضي بغرمه دون قطع يده. ثم الظاهر عدم خصوصية في الكفيل حتى يبحث عن كفاية واحد أو أكثر بل المراد التمتع على مال الغائب المدفوع الى المدعي اذا قدم وأثبت بطلان الدعوى بأي وجه كان. وعلى كل حال لم يجد صاحب الجواهر قائلًا بتعدد الكفلاء ولعلّه لظهور ارادة الجنس منه^(١).

وقيل باشتراط سماع الدعوى على الغائب بعدم اعتراف المدعي ان المدعي عليه معترف بالحق غير منكر لعدم تعارف التحاكم في مثله ولان الخصومة معتبرة في مطلق القضاء لكن اطلاق الصحيح محكم .

مسألة ٤٩: اذا كان الموكل غائباً وطالب وكيله الغريم بأداء ما عليه من حق وادعى الغريم التسليم الى الموكل أو الأبراء فان اقام البينة فهو والا فعليه أن يدفعه الى الوكيل وليس له احلاف الوكيل بعدم التسليم أو الأبراء الا في فرض ادعائه علم الوكيل بأحدهما فيجوز له احلافه .

قيل اذا ثبت الحق باقرار الغريم متصلاً بدعواه التسليم أو الأبراء لاحقاً للوكيل حينئذ في مطالبته حق الموكل لانها لاتعد دعوى اخرى بل هي جزء الدعوى الاولى فيوقف الدعوى واجيب عنه بأن كلامه وان كان متصلاً الا انه ينحل الى اقرار ودعوى والاقرار نافذ في حقه والدعوى تحتاج الى الاثبات ولا فرق في ذلك بين الوكيل والموكل ثم انه لا يبعد صحة ما قيل من لزوم التكفيل لو طلبه الدافع لعين ما ذكر في المسألة الماضية .

مسألة ٥٠ : يصح الدعوى والقضاء على الميت ولكن لا بد للمدعي بعد اقامة البينة الحلف على بقاء حقه في ذمته بلا خلاف ينقل والعمدة فيه صحيحة الصفار عن العسكري عليه السلام أو تقبل شهادة الوصي على الميت مع شاهد آخر

عدل ؟ فوقع : نعم من بعد يمين ^(١).

اقول : ظاهر هذه الجملة تعلق اليمين بالشاهدين لكن المستفاد من صدر الرواية تعلقه بالمدعي وعليها تحمل صحيحته الاخرى غير المذكورة فيها اليمين ^(٢) فتأمل .

ثم ان مقتضى اطلاق الرواية عدم الفرق بين الدين والعين وحق الخيار نعم في الجواهر ضبط الرواية هكذا: (شهادة الوصي على الميت بدين) فاستظهر اختصاصها بالدين فقط لكن كلمة (بدين) غير مذكورة في الوسائل .

ويقول السيد الاستاذ - دام ظله - ان الكلمة مذكورة في نسخة الفقيه دون نسختي الكافي والتهذيب ويرى اختصاص الحكم بفرض الدين فقط فان الظاهر من الرواية حتى على نسختي الكافي والتهذيب كون الدعوى على الميت والدعوى على العين لا تكون عليه بل هي على الوارث والميت اجنبي عنها فلو فرضنا ان المدعي يدعي ان العين كانت عارية عند الميت فالميت بموته يكون اجنبياً عن العين وتبطل العارية ويطلبها المدعي من الوارث .

أقول: الظاهر من الوسائل خلو نسخة الفقيه أيضاً من الكلمة المذكورة وهذا يكشف عن اختلاف نسخ الفقيه في ضبطها فلم يثبت صدورهما من الامام واما ما ذكره الاستاذ فهو على دقته غير تام لصدق الدعوى على الميت في العين أيضاً فاذا قال المدعي ان الميت اخذ مني صندوقاً مثلاً غصباً أو عارية صدق عرفاً انه ادعي على الميت خصوصاً اذا لم يكن عالماً ببقاء العين في ما تركه ، ثم ان ترك الاستفصال يدل على عدم الفرق بين استناد البينة الى اقرار الميت وعدمه حتى مع جهل المدعي ولا بدله من يمين .

(١) ص ٢٧٣ ج ١٨ الوسائل .

(٢) ص ٤٣٨ ج ١٣ الوسائل .

مسألة ٥١ : الظاهر ان اليمين والبينة - في دعوى الحق على الميت - كليتهما معتبرتان في اثبات الحق بحيث لو لم يحلف المدعي لم يثبت حقه وهى غير قابلة لاسقاط ورثة الميت لان اعتباره من الحكم دون الحق فافهم .

مسألة ٥٢: اذا كان المدعي وارث صاحب الحق فهل يكفي حلفه على عدم علمه باستيفاء مورثه او ابرائه ام لابد من الحلف على عدمهما فلو لم يعلم بعدمهما سقطت الدعوى ولا ينفعه الحلف على عدم العلم فيه وجهان بل قولان اظهرهما الاول للاطلاق .

مسألة ٥٣ : اذا كان الدعوى على الميت من ورثة صاحب الحق وكانوا متعدداً فقبل بلزوم الحلف على كل واحد بمقدار حلفه فلو حلف بعض ونكل بعض ثبت حق الحالف وسقط حق الناكل وقيل بكفاية يمين واحدة من احدهم على تمام الحق وهذا هو الاظهر بملاحظة صحيحة الصفار المتقدمة .

مسألة ٥٤ : اذا أوصى الميت بأن كل من ادعى على مقداراً من المال فادفعوا اليه من تركتي بلا بينة ولا يمين او مع البينة وبلا يمين فقبل انه وصيته تنفذ من الثلث ، وقيل انه اقرار بالدين في الشق الثاني بشهادة اعتبار البينة وحينئذ ففي سقوط اليمين بالوصية وجهان (١) .

مسألة ٥٥ : قال الشهيد الثاني في محكي مسالكه : لو اقر له قبل الموت بمدة لا يمكن فيها للاستيفاء عادة ففي وجوب ضم اليمين الى البينة وجهان من اطلاق النص الشامل لموضع النزاع وقيام الاحتمال وهو ابرأؤه منه وقبضه من ماله ولو من بعد الموت ومن البناء على الاصل والظاهر من بقاء الحق وهذا اقوى .

(١) هنا فروع اخر للمقام لكن الابتلاء بها قليل فتركناها .

اقول : لانقبل منه (قده) هذا الرأي فان الاطلاق مقدم على الاصل وظاهر الحال نعم يحتمل عدم اعتبار اليمين اذا علم ببقاء الحق - على فرض ثبوته - الى حين الدعوى الا ان يقال بان اليمين لم يثبت كونها لبقاء الحق فلعلها لثبوته بل هو غير بعيد.

مسألة ٥٦ : لو ثبت الحق بغير بينة كإقرار الورثة او علم الحاكم او الشياخ المفيد للعلم مثلاً فالظاهر عدم اعتبار اليمين وان احتمل الاستيفاء والابراء لاختصاص الرواية بفرض قيام البينة فيرجع في غيره الى المطلقات .

مسألة ٥٧ : اذا شهد رجل وأمرأتان على الميت فالظاهر كفايتها مع يمين المدعي وأما اذا أقام المدعي شاهداً واحداً وحلف فهل يكفي لإثبات الحق ام لا بد له من حلف ثان ام لا يكفي مطلقاً فلا يثبت الحق على الميت بشاهد ويمين أصلاً فيه وجوه بل أقوال ولعل اوسطها اوسطها ^(١) .

مسألة ٥٨ : الاكثر او المشهور اعتبار انضمام اليمين مع البينة في الدعوى على الصبى والمجنون والغائب لكن لا دليل معتبر عليها فالصحيح قصر اعتباره في الدعوى على الميت فقط .

مسألة ٥٩ : اذا كان على الميت دين وادعي الدائن ان للميت المذكور في ذمة شخص آخر دينا فان كان الدين مستغرقاً رجع الدائن الى المدعي عليه وطالبه بالدين ، اذ لاحق للورثة حينئذ على قول ^(٢) وما كان للميت على تقدير ثبوته باق على ملكه وان لم يبعد لزوم السعي على اولياء الميت في اداء الدين

(١) ما أفيد في ص ٢١ ج ١ مباني تكملة المنهاج في وجه الاخير غير ظاهر.

(٢) منسوب الى القدماء وقيل بانتقال التركة الى الورثة مطلقاً ففى فرض الدين المستوعب فلاحظ الجواهر وغيرها ولعل المحقق الرشدي تعرض له اكثر واطول من غيره فلاحظ كتاب قضائه ص ٣٢٨ الى ص ٣٥٣ ج ١ .

إذا توقف على عمل منهم ، لان ماتعلق بالميت يتعلق بالورثة بمقتضى الاطلاق المقامي ، اذ لو وجب على غيرهم كالحاكم الشرعي او الناس على سبيل الكفاية لوجب البيان والتنبيه فيفهم من عدم البيان تعلق ما يرجع اليه باوليائه فان اقر المدعي عليه بدين الميت على نفسه وبدين المدعي خلى الميت وعلم بالاستغراق وجب ادائه دينه لانه صاحب الحق ، وان انكر دينه على الميت فعلى المدعي اقامة البيئة مع الحلف ولا يمين على المدعي عليه الا اذا ادعى المدعي علمه بدينه على الميت فيحلف على عدم العلم ، وان اقر بحقه على الميت ولكنسه انكر حق الميت على نفسه فان اثبتته المدعي فهو والا يحلف المنكر على نفيه . وان لم يكن الدين مستغرقاً رجع المدعي الى الورثة فان التركة في الفرض تنتقل اليهم ، والميت انما يملك مقدار الدين على النحو الكلي في المعين فلهم اداء الدين من اي مال شاءوا فان لم يكن عند الورثة مال للميت فتارة يدعون عدم علمهم بالدين للميت فيجوز للدائن الرجوع الى المديون لجواز استيفاء حقه بأي وجه شاء فان اثبتته والا حلف المدعي عليه .

وللدائن احلاف الورثة اذ ادعي علمهم بالدين فسي فرض انكارهم ولكن اذا حلفوا لا يسقط حقه بل له الرجوع الى المديون وانما يسقط حق دعواه عليهم واخرى يعترفون بدين الميت على الاخر المذكور فهو يرجع الى الورثة وهم يرجعون الى المديون فان اعترف او اقاموا بيته فهو والا يحلف المدعي عليه ، ولو عصى الورثة ولم يراجعوا المديون جاز للدائن ان يراجعهم لما عرفت . وعلى الجملة قد يكون على المدعي اقامة بيته واحدة وقد يكون اقامة بيته مع يمينه وقد يجب عليه اقامة بيتين مع يمينه .

مسألة ٦٠ : اذا كان المدعي عليه حاضراً او غائباً يمكن احضاره ، احضره الحاكم بعد مطالبة المدعي لاجل القضاء بلا خلاف في الاول كائنا من كان ،

وان كانت مخدرة لا تخرج باختيارها الى مجالس الرجال على الارجح لضعف المقيد. نعم يجوز لها التوكيل او بعث القاضي وكيلا من قبله الى بيتها .
ثم الممتنع من الحضور يحضرها القاضي بالاجبار كما هو قضية منصب القضاء واجراء العدالة .

مسألة ٦١: يجب على المدعى عليه اجابة القاضي بالحضور وجواب اسئلته وان كان شاكاً بل عالمأً بكذب دعوى المدعي وهو من لوازم جعل القضاء له، نعم يستثنى من ذلك ما تقدم في المسألة الواحدة والاربعين .

مسألة ٦٢ : مؤنة حضور المدعي عند القاضي على نفسه بلا اشكال واما مؤنة احضار المدعي عليه ففي كونه على المدعي او المدعي عليه او من بيت المال وجوه لا يبعد ايكال ذلك الى نظر الحكومة الاسلامية وقانونها ان كانت . وفي فرض عدم وجود الحكومة الاسلامية لاشكال في عدم تعلقها بالقاضي وفي تعلقها باحدهما او بكليهما او بمن لم يكن معوزاً او بتعلق مؤنة اخبار دعوة القاضي بالمدعي ومؤنة المجيء بالمدعي عليه او بتعلق الجميع بالمدعي عليه اذا ابتعد عن القاضي عمداً او اذا لم يمكن القضاء في بلده وبالمدعي اذا امكن القضاء في محل المدعي عليه واقام الدعوى في بلد آخر وجوه واحتمالات لاشكال في حسن المصالحة فيها ان امكنت .

مسألة ٦٣ : اذا تعذر حضور المدعي عليه لمرض ولما نع اخر فان امكن اقامة الدعوى والقضاء في بيته حضره الحاكم او وكيله او بتوكيله غيره فهو والا فتؤجل الدعوى ان لم يكن التأجيل ضرورياً او حرجياً والا فيمكن القضاء في غيبته على نحو ما مر لعدم دليل معتبر يدل على اعتبار حضور المدعى عليه حتى في فرض عدم التمكن .

مسألة ٦٤ : اذا امتنع المدعى عليه من الحضور عناداً جاز القضاء غياباً

لما مرّ .

مسألة ٦٥: يجوز لصاحب الحق توكيل غيره في الدعوى إلا إذا كان ضرورياً أو حرجياً للمدعى عليه فقط كما يجوز للمدعى عليه أيضاً التوكيل إذا لم يصعب معه القضاء وإلا فللمدعى طلب احضار المدعى عليه نفسه .

مسألة ٦٦: إذا كان المدعى عليه غائباً وبعيداً أمكن احضاره فهل يجب احضاره بمجرد طلب المدعي أو بعد تثبيت دعواه كاقامة شاهدين يقبل القاضي عدالتهما أو طلبه للحلف بعد اقراره بعدم البيّنة له أو لعدم تمكنه من اقامتها لا اشكال في عدم وجوبه بمجرد الطلب وإنما الكلام في جوازه لأن الاحضار ايداء واضرار بالمدعى عليه على الفرض فلا بد له من مبرر ولا يكون مجرد دعوى يحتمل بطلانها والاحوط هو المنع قبل التثبيت ولذا يشكّل احضاره للحلف إذا كانت الدعوى على نحو الاحتمال دون الجزم خصوصاً إذا كان حضوره استلزم مشقة كثيرة .

مسألة ٦٧: إذا كان حضور كل من المتنازعين في محل الآخر ضرورياً أو حرجياً فالظاهر لزوم احضار المدعى عليه ومراعاة حال المدعى لأن اقامة الدعوى بيده وكذا إذا كان الحرج أو الضرر في حضور المدعي فقط وأما إذا كان الضرر أو الحرج في حضور المدعى عليه فقط فلا يجب حضوره فلا يجوز للحاكم احضاره بل للمدعي أن يؤجل دعواه وأن يذهب إلى محل المدعى عليه ويقوم الدعوى فتأمل .

مسألة ٦٨: يصح الدعوى على الشهود بانهم شهدوا كذباً وزوراً وتصحّ الدعوى على القاضي وإن كان مجتهداً على ما مرّ سابقاً فعلى الحاكم أن يحضرهم .

مسألة ٦٩: إذا تمّ بيان الدعوى هل للحاكم مطالبة المدعى عليه

بالجواب أم تتوقف على التماس المدعي؟ ذهب جمع الى الاول وجمع الى الثاني .

والاظهر هو الاول لان طلب الدليل وطلب الجواب والاحلاف وأمثال ذلك من لوازم منصب القضاء ، على انه لا ثمرة للبحث اذ من المعلوم عادة ان العاقل لا يحضر خصمه مجلس القضاء الا لارادة فصل النزاع ومطالبة المدعى عليه بالجواب .

القول في آداب مجلس القضاء

في رواية سلمة بن كهيل يقول الامام علي عليه السلام لشريح : ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك حتى لا يطمع قريبك في حيفك ، ولا يئأس عدوك من عدلك ... واياك والتضجر والتأذي في مجلس القضاء الذي أوجب فيه الاجر... ولا تقعد في مجلس القضاء حتى تطعم^(١) .

وفي رواية عن الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله من ابتلى بالقضاء فلا يقضي وهو غضبان^(٢) وفي رواية في سندها النفلسي عن الصادق عن أمير المؤمنين عليه السلام : من ابتلى بالقضاء فليساوي بينهم في الاشارة وفي النظر وفي المجلس .

وفي رواية عنه عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله نهى أن يضاف خصم الا ومعه خصمه وفي صحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام اذا تقدمت مع خصم الى وال أو الى قاض فكن عن يمينه يعني يمين الخصم .

مسألة ٧٠ : نسب الى المشهور وجوب التسوية بين الخصوم وان تفاوتوا

(١) ص ١٥٥ ج ١٨ الوسائل والرواية ضعيفة سنداً .

(٢) ص ١٥٦ المصدر والرواية ضعيفة سنداً .

في الشرف والوضعة في السلام والرد والاجلاس والنظر والكلام والانصاف وطلاقة الوجه وسائر الاداب وأنواع الاكرام واذا كان أحدهما غير مسلم يجوز تكريم المسلم زائداً على خصمه بخلاف كما قيل .

أقول: الوجوب ممنوع وفاقاً لجمع لعدم دليل معتبر عليه والمتيقن حرمة الظلم والتوهين ولكن الاداب المذكورة مهمّة يقبح تركها .

ويعجني هنا رواية صحيحة يحسن ذكرها تنبيهاً للقضاة قال الباقر عليه السلام: كان في بني اسرائيل قاض وكان يقضي بالحق فيهم فلما حضره الموت قال لامرأته اذا أنا مت فاغسليني وكفني وضعيني على سريري وغطي وجهي فانك لا ترين سوء فلما مات فعلت ذلك، ثم مكثت بذلك حيناً، ثم انها كشفت عن وجهه لتتظر اليه فاذا هي (هو) بدودة تقرض منخره ، ففرغت من ذلك فلما كان الليل أتاها في منامها فقال لها: افزعك ما رأيت؟ قالت اجل. فقال لها اما لئن كنت فرغت، ما كان الذي رأيت الا في اخيك فلان اتاني ومعه خصم له فلما جلسا الي قلت اللهم اجعل الحق له ووجه القضاء على صاحبه فلما اختصما الي كان الحق له ورأيت ذلك بينا في القضاء فوجهت القضاء له على صاحبه فأصابني ما رأيت لوضع هواي كان مع موافقة الحق ^(١).

مسألة ٧١ - يجب على القاضي العدل في الحكم كتاباً وسنة و اجماعاً وعقلاً. ومن لم يحكم بما انزل الله فألئك هم الكافرون والظالمون والفاسقون ^(٢).
مسألة ٧٢ : قيل لا يجوز للحاكم أن يلحق أحد الخصمين مافيه ضرر على

(١) ص ١٦٤ ج ١٨ الوسائل .

(٢) لا يلزم الكفر من مجرد عدم الحكم بل مع الانكار فاذا ثبت عنده ما أنزل الله

فلم يقبله وأنكره فهو كافر حسب الرأي السائد .

خصمه ولأن يهديه لوجوه الحجاج ونحوها مما يستظهر به على خصمه لأن شرع ذلك يفتح باب المنازعة وقد نصب لسدها .

يقول صاحب الجواهر في ضمن كلامه بل ان لم يكن اجماع في القاضي امكن المناقشة في تحريمه عليه فضلاً عن غيره .
اقول الاجماع غير حاصل والتعليل عليل .

مسألة ٧٣ : اذا ورد الخصوم مترتين بدء بالاول فالاول ان لم يفرض في البين اهم شرعاً فان وردوا جميعاً أو جهل الترتيب ولم يتراضوا بينهم أقرع بينهم فان هذا اقرب الى العدل .

نعم اذا بدء احد الخصمين بالدعوى فهو اولى ولو ابتدرا معاً بها سمع من الذي على يمين صاحبه للاجماع المحكى عن السيد والشيخ ^(١) ولصحيحة بن سنان المتقدمة وصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر رضي رسول الله أن يقدم صاحب اليمين في المجلس بالكلام ^(٢) .

اقول: الاجماع منقول وصحيحة ابن سنان لادلالة لها على المطلوب ورواية بن مسلم وان كانت صريحة من جهة ومجملة من جهة الا انها رغم زعم صاحب الجواهر غير صحيحة لضعف طريق الصدوق الى محمد بن مسلم . فالاحسن تخيير القاضي أو القرعة الا اذا فرض تضرر احدهما بالتأخير .

مسألة ٧٤ : لا يجوز للقاضي أن يتعنت الشاهد و هو أن يداخله في اثناء الشهادة بكلام يعدل به عما يريد التلفظ به هداية له الى شيء نافع أو ايقاعاً له فيما يضر أو يعقبه بكلام ليحمله تمتة شهادته وليستدرجه اليه بحيث يصير به الشهادة مسموعة او مردودة بلا خلاف يجده بعضهم لما فيه من تضييع الحق وترويح

الباطل ونحوهما مما هو معلوم الحرمة لغير الحاكم فضلا عنه كما قيل .
ولو تردد الشاهد في الشهادة لأمر عرض له لا يجوز ترغيبه لأقامتها كما
لا يجوز تزهيده في إقامتها وترديده بها بعد فرض جزمه بالمشهود به لما فيه من
الأمر بالمنكر والنهي عن المعروف وكذا لا يجوز إيقاف عزم الغريم عن الإقرار
بالحق لأنه ظلم لغريمه^(١).

أقول : كل مداخلة من الحاكم أو غيره لتغليب أحد الطرفين على الآخر
بفرض تضييع الحق أو ترويج الباطل ممنوعة، وأما المداخلة لإثبات الحق وإبطال
الباطل المعلومين فلا حرمة لها ما لم يطرء عليها عنوان آخر .

القول فى جواب المدعى عليه

المدعى عليه أيا يعترف بما ادعاه المدعى أو ينكر أو يقول لا أدري أو يقول أدبت ورددت المال أو يسكت .

مسألة ٧٥ إذا اقر المدعى عليه بالحق يؤخذ به لبناء العقلاء على نفوذ الاقرار على المقر وقد امضاه الشارع كما يدل عليه الروايات^(١) ولا يتوقف نفوذه على حكم الحاكم وإنما يتوقف عليه فصل الخصومة وعدم جواز نقضه وعدم جواز الترافع ثانياً ونحو ذلك .

وكذا لا يتوقف حجية البينة على حكمه على الاظهر بل اذا قامت البينة على ملكية مال للمدعى لا يجوز لاحد التصرف فيه بدون اذنه ويجب على المدعى عليه رده اليه وهذا وان لم يدل عليه صريح رواية لكنه مستفاد من مجموع الروايات ففي الصحيح سئل بريد الصادق عليه السلام عن القسامة قال عليه السلام : الحقوق كلها البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه الا في الدم خاصة^(٢).

ولاشك في ثبوت الموضوعات الخارجية في غير مورد الدعوى والنزاع

(١) لاحظ باب الاقرار والعتق والوصية والقضاء والحدود وغيرها من الوسائل .

(٢) ص ١٧١ ج ١٨ الوسائل .

بها من دون اعتبار ضم حكم الحاكم معهما كالطهارة والنجاسة والموت والحياة والكربة وغير ذلك فليكن الامر في المقام كذلك .

ولم يقيد في شيء من الروايات حجية البينة واليمين فضلا عن الاقرار بحكم الحاكم فيؤخذ المدعى عليه بهما ويجوز للمدعى التقاص من ماله وان لم يحكم الحاكم بعد ^(١).

والفرق بين البينة والاقرار هو عدم جواز الزام المدعى عليه في الاول من باب الامر بالمعروف اذا ادعى المدعى كذب البينة وجوازه في الثاني وأما بعد حكم القاضي فيلزم بما شهدت عليه البينة أيضاً، ولو بعنوان كونه مقضيا به.

فايدة

يقول المحقق الرشتي - ره - في كتاب قضاؤه ص ١٦٨ :

اذا قيل بان البينة يثبت بها الحق قبل الحكم كالاقرار فهل يعتبر فيها ما يعتبر في مستند الحاكم من الشرائط المتفق عليها أو المختلف فيها ، فمن الاول ان تكون البينة القائمة على الحق حيا عند تحرير الدعوى ، فلا يجوز له الحكم بمقتضى البينة التي ماتت قبل المرافعة .

وان لا يكون اقامة الشهادة قبل سؤال الحاكم ، ومن الثاني ان لا يطرد الفسق عليهما ما بين الاقامة والحكم .

فعلى الاول لا يجوز ترتيب آثار البينة التي أقامت الشهادة قبل سؤال السامع المرتب وكذا اذا كانا ميتين فانه اذا لم يكن قدرتب الاثاريين سماعها لم يكن

(١) الا أن يقال بأنه لا إطلاق للروايات المذكورة من هذه الجهة لانها سقت لبيان تعليم كيفية القضاء وارشاد القضاة فيتوقف نفوذ البينة واليمين على حكم القاضي لكنه احتمال مرجوح وان كان قائله عظيم .

له الترتيب بعد الممات على هذا التقدير .

وعلى الثانى يجوز ترتيب الاثار بمجرد قيام البينة على أى وجه كان، ولا ريب ان مقتضى أدلة البينة عدم مراعاة تلك الشروط رأساً ... وحينئذ يشكل الامر في كثير من فروع هذا القول مثل ما اذا علم الحاكم بالبينة وماتت قبل المرافعة فانه بمقتضى ما اتفقوا عليه ظاهراً من عدم جواز الحكم بالبينة السابقة ان يكون وظيفة الحاكم حينئذ احلاف المنكر الذي علم بقيام البينة على اشتغال ذمته ، ومقتضى القول بحجية البينة مطلقاً من غير انضمام الحكم اليه ان يجوز له ترتيب آثار الاشتغال وهذا أيضاً مما يفصح بفساد القول المزبور ...

مسألة ٧٦ : اذا اعترف المدعى عليه جاز للقاضى الحكم عليه برد الحق والقول بتوقف جواز حكمه أو صحته على طلب المدعي ضعيف جداً لما مر من كونه من مقتضيات منصب القضاء عند العقلاء نعم الاحسن له اصدار الحكم بعد طلب المدعى .

وأما اذا طلب منه عدم اصدار الحكم فالظاهر عدم صحته اذ لاموضوع له. مسألة ٧٧ يجبر الحاكم المقر بل مطلق المحكوم عليه بالاداء اذا امتنع وان ماطل حبسه اذا طلبه المدعى بلاخلاف ينقل وان كان له مال امره ببيعه وان امتنع باعه القاضي . ففي صحيح غياث ... ان علياً كان يحبس في الدين فاذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا (١).

وفي صحيح زرارة عن الباقر عليه السلام : كان علي لا يحبس في الدين الا ثلاثة : الغاصب ومن اكل مال اليتيم ظلماً ومن ائتمن على امانته فذهب بها وان وجد له شيئاً باعه غائباً كان أو شاهداً (٢) .

(١) ص ١٤٨ ج ١٣ الوسائل .

(٢) ١٨١ ج ١٨ .

أقول: الظاهر عدم اعتنائهم بالحصر المذكور وبنائهم على اطلاق صحيح غياث وغيره في المقام بل في الجواهر^(١): مضافاً الى معلومية بطلان الحصر فيه بالاجماع وغيره .

وعلى فرض اعتباره يمكن تخصيصه برواية الاصبغ عن أمير المؤمنين عليه السلام ... انه قضى في الرجل يلتوى على غرمائه انه يحبس ثم يؤمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص فان ابى باعه فقسمه بينهم^(٢) الا ان يحمل على الخائن والغاصب فتأمل .

وعلى فرض شموله للممتنع عن اداء مطلق الدين فهو ابطال للحصر لاتخصيص له كما لا يخفى .

مسألة ٧٨ : الظاهر ان اقدام القاضي بالبيع في فرض امتناعه أو أخذ العين المدعى بها من يده قهراً أو أخذ المثل في المثليات أو القيمة في القيميات من ماله بعد مراعاة مستثنيات الدين مقدم على الحبس لفصل الخصومة والنزاع به دونه ، الا ان يحبسه ترغيباً في مباشرته للبيع .

مسألة ٧٩ : لو ادعى المقر بل مطلق من ثبت عليه الحق الاعسار فان صدقه المدعى فهو والاي تبين حاله فان ثبت اعساره أو كانت الحالة السابقة هي الاعسار يخلى سبيله وينظر لقوله تعالى: وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة (البقرة ٢٨) ولصحيح غياث السابق ويجب عليه التكسب الذي لايهون به لاداء دينه وللقاضي الزامه بالتكسب وبكل امر ينجر الى اداء دينه ولو وهبه أحد شيئاً يجب عليه قبوله مع عدم المهانة في حقه على الاظهر .

وان ثبت يساره أو كانت الحالة السابقة هي البسار فان تمكن القاضي من

(١) ١٦٥/٤٠ .

(٢) ١٨/١٨٠ وسند الرواية مجهول وان كان صدورهما وصدقها مظنوناً راجحاً .

أخذ المال منه ولو قهراً فهو والا يحبس كما مر .

وان جهل الامر ان فقيل بتقديم قوله دعوى الاعسار والظاهر حبسه حتى يتبين افلاسه لاطلاق صحيح غياث السابق بناء على عدم انثلامه بالحصر المتقدم نعم لا بد للمحاكم من التبيين حتى لا يخلد في السجن ، واذا لم يتيسر الفحص أو لم يعلم الحال بعد الفحص لا يبعد تخلية سبيله اذا رأى الحاكم الصلاح في ذلك حذراً من التخليد .

مسألة ٨٠ : اذا كان المحكوم عليه مريضاً يضر به الحبس أو كانت امرأة يضر بعفتها لم يحبس لعدم اطلاق في صحيح غياث وهذا الحكم يجرى في فرض كل مانع أقوى من تحصيل المال .

مسألة ٨١ : اذا انكر المدعى عليه دعوى المدعي فله إقامة البينة أو احناف المنكر فان لم يعلم علمه القاضي وجوباً لوجوب الارشاد والقضاء .

مسألة ٨٢ : لا يصح حلف المنكر من دون اذن المدعي ولو بشاهد الحال وان أمره الحاكم لان الاحلاف حق المدعي فلعله لا يريد في الحال لدليل ما فلا بد من اعادته ان التمس المدعى . ولا خلاف في المسألة بل نقل عليه الاتفاق ويدل عليه رواية ابن أبي يعفور الآتية وعن جماعة بل المنسوب الى الاصحاب انه لا يستقل الغريم باليمين من دون اذن الحاكم فلا بد من استناد اليمين الى طلب المدعي وأمر القاضي^(١) .

(١) فيه تأمل يظهر وجهه من اطلاق رواية ابن أبي يعفور الآتية بل صحيحة سليمان بن خالد ظاهرة في عدم اعتبار حكم القاضي في نفوذ اليمين قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل وقع عنده مال فكا برني عايه وحلف ثم وقع له عندي مال آخذنه لمكان مالي الذي أخذنه وأجحدنه وأحلف عليه كما صنع ؟ قال ان خانك فلا تخنه ولا تدخل فيما عتبه عليه (٢٠٣ / ١٢ الرسائل) نعم لا بد من تقييده بصورة وقوع الحلف باستحلاف ←

مسألة ٨٣: اذا حلف المنكر سقطت الدعوى فلا يجوز اقامتها ثانية حتى لو ظفر المدعي بعده بمال الغريم لم تحل له المقاصة بلاخلاف في ذلك كله ، ويدل عليه موثقة بن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام: اذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لا حق له قبله ، ذهبت اليمين بحق المدعي فلا دعوى له. قلت له: وان كانت عليه يئنة عادلة؟ قال: نعم وان أقام بعدما يستحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له . وكانت اليمين قد ابطلت كل مادّ عاه قبله مما قد استحلفه عليه^(١) ولا فرق حسب اطلاق ذيلها بين العين والدين فلا يجوز للمدعي التصرف في العين المملوكة له بعد الحلف^(٢). والاقوى صحة يمينه حتى بعد ردّه اليمين على المدعي ولم يحلف بعد خلافاً لجمع^(٣) .

مسألة ٨٤: هل يجوز ابراء المالك المنكر عن حقه لبراءة ذمته باطناً فيه اشكال لان الابراء موقوف على الملكية التي ابطلته اليمين حسب اطلاق ذيل الرواية واشكل من الابراء جواز العتق فتأمل فان الالتزام بهذا في غاية الاشكال

من المالك لموثقة بن أبي يعفور المذكورة في المتن لكن قوله صلى الله عليه وآله في صحيحة هشام : انما أفضى بينكم بالبينات والايمان يدل على توقف النفوذ على القضاء ، ولو أخذ باطلاق تلكم الروايات لم يحتج الى انشاء الحكم من القاضي مطلقاً وهو كما ترى . الا أن يقال ان الصحيحة تدل على توقف القضاء على اليئنة واليمين ، لاعلى توقف اعتبارهما عليه وهذا هو الأرجح .

(١) ص ١٢٩ ج ١٨ الوسائل .

(٢) يقول الفقيه الرشتي ره : ثم انسه لو ظفر المدعي بالعين على وجه لا يكون في أخذها اهانة بالحاكم ولم ينجر الى مشاجرة جديدة جاز الاخذ حتى لو قلنا في مسألة الدين بعدم جواز شيء من التصرفات فحرمة التقاض لا تستلزم حرمة أخذ العين فلاحظ كلامه في ص ٢٠٧ وص ٢٠٨ قضائه .

(٣) ص ١٩٠ ج ٤ الجواهر .

بل هو موهن للاطلاق .

مسألة ٨٥ هل يجوز لثالث أن يملك العين المذكورة بدعوى انه مال لا مالك له اذا علم بكذب الحالف فان الفرض عدم دخولها في ملكه بالحلف الكاذب وانقطاع صلة المالك الاول عنها باليمين المذكورة في الدنيا ؟ فيه وجهان :

فان قلت لعل الحالف يتوب ويكذب نفسه فيوصل العين الى مالكها . قلت تكذيب الحالف اذا كان على نحو النقل دون الكشف لا يمنع من جواز التصرف فيها فعلا على ان احتماله مدفوع بالاستصحاب أو نفرض الكلام فيما اذا علم الثالث بقاء الحالف على عناده وكذبه .

فان قلت فعلى هذا لامانع للحالف أن يملكه بعد الحلف وان اثم بظلمه على المالك الاول بابطال ملكيته بحلفه الكاذب ؟

قلت المانع منه هو ارتكاز المتشعبة الناشي من مذاق الشرع أولا ، وصحيحة هشام المتقدمة ثانياً ففيها : فأيمارجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فانما قطعت له به قطعة من النار ^(١) .

والحق انه لا اشكال ولا خلاف في وجوب ردّ العين على الحالف الى مالكها وحرمة امساكها ضرورة ان اليمين الكاذبة لا تكون من المملكات بنص صحيحة هشام وغيره من روايات القضاء فضلا عن العمومات والاطلاقات الاولى فالوجوب المذكور يكشف عن بقاء الملكية المجردة عن جواز التصرفات فيها فهي عين مملوكة لمالكه الحقيقي ولا يجوز لاحد التصرف فيها حتى مالكتها بعد حلف المنكر ومنه يظهر صحة ابراء المالك عنها بنفع الحالف .

مسألة ٨٦ : اذا كذب الحالف نفسه جاز للمدعي مطالبته واذا امتنع جاز

مقاصته من امواله فتعبد ملكية المدعي - على نحو الكشف ظاهراً - على العين أو الكلي فيترتب عليه آثارها ويطل أثر القضاء السابق فيجوز الدعوى وجاز للحاكم سماعها، فان الاقرار يبطل اليمين وقد ادعى عليه الاجماع أيضاً وقيل بانصراف موثقة ابن أبي يعفور ونظايرها من هذه الصورة . وهذا غير بعيد ، والظاهر عدم اعتبار وقوعه في حضور القاضي .

ويدل عليه صريحاً رواية مسمع ^(١) التي عبر عنها صاحب الجواهر بالمعتبرة وسيدنا الاستاذ بالصحيحة لكن الحق انها ضعيفة لجهالة القاسم بن محمد الجوهري الواقع في سندها ووقوعه في اسناد كامل الزيارات لا يثبت وثاقته أو صداقته كما فصلناه في كتابنا (فوائد رجالية) وقد أبدلنا اسمه ببحوث في علم الرجال عند الطبعة الثانية في هذه الايام مع اضافات هامة واصلاحات لازمة والله الحمد.

مسألة ٨٧ : لا يتعين على المنكر اليمين بل له ذلك وردها على المدعي بلا خلاف فيه بل ادعى عليه الاجماع فان حلف المدعي ثبت حقه وان نكل فقد سقط حقه اجماعاً في الجملة بل لا يسمع دعواه في غير ذلك المجلس وان أقام البينة . ففي صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام في الرجل يدعي ولا بينة له ، قال : يستحلفه فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له ^(٢) وفي صحيح هشام عن الصادق عليه السلام ترد الايمان على المدعي ^(٣) وفي رواية الصدوق باسناده عن ابان عن جميل عن الصادق عليه السلام : اذا أقام المدعي البينة فليس عليه يمين وان لم يقم البينة فرد عليه الذي ادعى عليه اليمين فأبى فلاحق له ^(٤) أقول

(١) ص ٢١٥ ج ١٨ الوسائل .

(٢) (٣) ص ١٨٦ ص ١٧٧ ج ١٨ .

(٤) ص ١٧٦ و ص ١٧٧ ج ١٨ .

اسناد الصدوق الى ابان بن تغلب ضعيف والى ابان بن عثمان صحيح والظاهر ان الواقع في الرواية هو الثاني لبعد رواية الاول عن جميل والله العالم .
مسألة ٨٨ : اذا كان المدعي غير صاحب الحق كالوصى يدعى مالا ليتيم على اخر أو يدعى على الوارث مالا للخمس أو الزكوة أو غيرها بوصية من الموصى وكالولى والوكيل لايجوز له الحلف لان المال للغير الذي لا يثبت يمين اخر ولذا استثنى الاصحاب هؤلاء الذين ليس باصحاب الحق عن رد اليمين اليهم كما في الجواهر ^(١).

أقول: ان تم اجماع مفيد للعلم برضى المعصوم او بدليل معتبر عند الكل فهو والا فلا مانع عندنا لحلف هؤلاء اذا كانوا جازمين فان التعليل المذكور ضعيف بعد اطلاق صحيح هشام ومعتبرة جميل المتقدمين المأخوذ فيهما عنوان المدعى دون صاحب الحق كما في صحيحة محمد بن مسلم المذكورة .
بل استظهر منهم الاتفاق على صحة يمين الوارث مع الشاهد الواحد على اثبات مال الغير - اى المورث - وان فرض الدين مستوعبا وقيل ببقاء التركة على حكم مال الميت وادعى السيرة على صحة دعوى المالك واثبات حقه على العين التي تعلق بها الذكوة والخمس .

مسألة ٨٩: قد سبق عدم جواز حلف المدعى في دعواه الظنية او الاحتمالية وكذا غير صاحب الحق عند المشهور فهل يسقط دعواهما بعد رد اليمين وعدم الحلف لاطلاق الروايات المتقدمة الشاملة لفرض المانع وعدمه في عدم الحلف والدالة على بقاء تخيير المنكر بين الحلف والرد حتى في صورة عدم تمكن المدعى من الحلف كما في المقام ومن دعوى انصراف لفظ المدعى والدعوى

في الروايات المذكورة الى الجازم ففي غير الجازم يتعين على المنكر الحلف أو النكول ولا يجوز له الرد .؟

أقول اذا تم ادعاء الانصراف المذكور لاتجب اليمين على المنكر أيضاً لان المنكر حينئذ ليس بمدعى عليه جزماً والمأخوذ في أكثر الروايات هو عنوان المدعى عليه بل وكذا اذا كان العنوان هو المنكر فانه انما يجب عليه الحلف في مقابل دعوى المدعى والفروض انصرافها الى الجزمية وكذا لاتسمع دعوى غير الجازم اذا قامت البينة لانها على المدعى الجازم لا لغيره فتأمل . فالظاهر بقاء التخيير بين الثلاثة اليمين والرد والنكول للمدعى عليه فان حلف فهو وان رد فسقط الدعوى . بل في المقام تسقط الدعوى على جميع الصور ، حلف أو رد أو نكل .

فان قلت : فما فائدة التراجع حينئذ ؟ قلت : فائدته احتمال الاعتراف أو الحلف الذي تطيب نفس المدعى لكن يمكن أن نقول بنفي حق المدعى عليه للرد اذ لازمه القضاء بسقوط حق المدعى من دون البينة واليمين وقد قال عليه السلام انما اقضى بينكم بالبينات والايمان ففي الدعوى غير الجازمة لا بد للمدعى عليه اذا لم يعترف ان يحلف فتأمل ^(١) .

لكن اذا كان المدعى غير جازم وادعى المدعى عليه جهله بالحال ولم يكذبه المدعى في دعوى جهله ولا يمكن رد اليمين لان المدعى غير جازم ففيه وجهان تأجيل القضاء أو القضاء على المدعى ان رد المدعى اليمين عليه وعلى المدعى عليه ان سكت بناء على صحة القضاء بمجرد النكول .

(١) وجهه عدم دلالة الرواية على توقف القضاء على البينة واليمين مطلقاً وعدم تحقيقه بدونهما كما لا يخفى ولذا يتحقق القضاء في التراجع الناشئ من الاختلاف في الحكم فقط ولا موضوع للبينة واليمين بوجه .

واذا شهد أحد بحق ميت لاوارث له على أحد فاحضره الحاكم فلا بد له من الاعتراف أو الحلف ولاظن بأحد يفتى بجواز رد اليمين على الحاكم أو المسلمين مثلاً بل ذكر الشيخ وتبعه صاحب الجواهر^(١) ان المنكر يحبس حتى يقر أو يحلف لتعذر الرد، وعليه فيمكن القول بسقوط حق رد المنكر في مطلق ما تعذر فيه اليمين على المدعى والله العالم.

مسألة ٩٠ : اذا حلف المدعى لايجوز للمدعى عليه اقامة البينة على الاداء والابراء وذلك لا لاجل ان حلفه بمنزلة اقرار المدعى عليه فيكون المدعى عليه مكذب بينته كما قيل كما انه ليس بمنزلة بنية المدعى، بل لان اليمين المردودة سبب مستقل لاسقاط الدعوى على الاظهر خلافاً لاجمع جعلوها بمنزلة احدهما وفرعوا عليه فروعا كثيرة كما قيل، نعم لا بد من قبول يمين المدعى لما دل على وجوب الرضاء باليمين مطلقاً حلف بها المدعى او المدعى عليه .

كصحيح الحسين بن المختار عن الصادق عليه السلام ... لا تحلفوا الا بالله ومن حلف بالله فليصدق ومن لم يصدق فليس من الله ومن حلف له بالله فليرض ومن حلف له بالله فلم يرض فليس من الله عز وجل^(٢) .

وقريب منه صحيح الخزاز بطريق الصدوق في الفقيه فقط^(٣) ومقتضى اطلاقهما وجوب الرضاء بالحلف حتى قبل حكم القاضي .

مسألة ٩١ : اذا طلب المدعى بعد رد اليمين اليه المهلة لاقامة البينة او المراجعة الى حسابه مثلاً فهل يسقط حقه بمجرد عدم الحلف بعد الرد ام يمهل له بما لا يتضرر به المدعى عليه . وكذا اذا تمكن من اقامة البينة بعد رد اليمين عليه فهل يثبت حقه بها ام لا بد له من الحلف والاسقطت الدعوى في المسألة اقوال.

(١) ص ٢٦٥ ص ٢٦٦ ج ٤٠ .

(٢) (٣) ص ١٥١ ج الوسائل .

والأقوى قبول بينته وثبوت حقه بها لاطلاق ما دل على ان البينة على المدعي الدال على ثبوت حقه بها ولا مقيدله، بل لا يبعد لزوم منحه المهلة من قبل القاضي لعدم سقوط دعواه بالاستمهال لعدم دلالة الروايات الثلاث المتقدمة على فورية الحلف بعد الرد عليه بل المفهوم منها عرفا انه اذا ابى ان يحلف او نكل سقط حقه فلا حظ والله العالم .

مسألة ٩٢: اذا ادعى المدعي بعد رد اليمين انه وكيل لصاحب الحق مثلا فان أمكنه اثبات ذلك لم يرد عليه والا حلف المنكر على نفي ذلك وقضى عليه بالنكول كما قيل. أقول ويمكن أن يقال انه اذا استمهل المدعي لاحتضار صاحب الحق بغرض الحلف جاز وصح وان نكل سقطت دعواه .

مسألة ٩٣: اذا سكت المدعي عليه ولم يحلف ولم يرد فهل نكوله هذا بمجردة يوجب القضاء عليه كما نقل عن جمع أو يرد المحاكم اليمين على المدعي فان حلف يثبت حقه وان امتنع سقط حقه كما حكى عن كثير من القدماء وسائر المتأخرين. فيه وجهان .

واستدل للاول بما ورد من ان البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه والتقسيم قاطع للشركة والرد على المدعي حق المنكر فلا يرد عليه الا باختياره فاذا سكت فلا رد كما ان احلاف المنكر حق المدعي فلا يحلف من دون اختياره . وبصحيح محمد بن مسلم الوارد في حلف الاخرس وان أمير المؤمنين كتب له اليمين وغسلها وأمره بشربها فامتنع فالزمه الدين من دون الرد^(١) وبرواية عبد الرحمن^(٢) وبأن نكوله كنكول المدعي عن اليمين في القضاء لكن ما في صحيح ابن مسلم قضية في واقعة لاطلاق له ورواية عبد الرحمن ضعيفة سنداً

(١) ص ٢٢٢ ج ١٨ الوسائل .

(٢) ص ١٧٣ المصدر .

ودلالة والاخير ليس بدليل وأما الوجه الاول فلامجال لها بعد صحيح هشام تردا لايمان على المدعي^(١) الظاهر في لزوم الرد عليه وهو لا يصح الا بفرض الرد من الحاكم بعد رد المنكر أو نكوله .

وربما استدل له أيضاً بخبر عبيد ففيها: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق فان لم يفعل فلاحق له^(٢) الظاهر في ثبوت حق المدعى عليه بمجرد نكوله .

لكنه خلافاً لجمع ضعيف سنداً بالقاسم بن سليمان وقابل للتقييد بصحيح هشام واستدل للثاني أيضاً باطلاق ما دل على تعلق القضاء بالبينات والايمان فانه يدل على عدم كفاية النكول وبان الاصل عدم جواز الحكم بالنكول وكيفما كان العمدة في ترجيح القول الثاني صحيح هشام .

تنبيه :

قال الشهيد في قواعده^(٣): لا يحكم بالنكول على الاقوى الا في عشرة مواضع، ثم ذكر أحد عشر موضعاً في أكثرها بحث واشكال وبعضها يعرف حاله مما في هذه الرسالة .

مسألة ٩٤ : اذا قال المدعي عليه أدبت حقت أو أبرأتني منه يصير مدعياً وعليه الاثبات .

مسألة ٩٥ : اذا أجاب المدعى عليه بعدم علمه بما يدعيه المدعي ففي الموضوع قولان :

الاول ان هذا الجواب يرجع الى انكار استحقاق المدعي فهو منكر و

(١) ص ١٧٦ ج ١٧ الوسائل .

(٢) ص ١٧٦ المصدر . (٣) ص ٤١٢ ج ١، القاعدة (١٥٢)

استظهر هذا من حصر الاصحاب حال المدعى عليه في السكوت والاعتراف والانكار ولا يرجع نفي علمه الا الى الاخير، وحيث لا يمكن له الحلف على البت يحلف على نفي علمه بما يدعي عليه والعمدة في ثبوت الحلف عليه كونه مدعي عليه بالضرورة فيشملة الروايات الدالة على أن اليمين على المدعى عليه^(١) وليس هو مختصاً بعنوان المنكر حتى يقال انه غير منكر .

الثاني: انه يؤخذ الحق منه بمجرد عدم حلفه على البت بناء على صحة القضاء بالنكول أو بعد رد اليمين على المدعي بناء على عدمها وملخصه انه لا طريق له بعد عدم الاعتراف الا الرد وجعل هذا القول في محكى الكفاية مقتضى ظاهر كلامهم لكنه نفسه لم يبعد الاكتفاء بالحلف على نفي العلم .

واستدل لهذا القول بان اليمين القاطعة للدعوى بعد القضاء هي اليمين على البت، وبان اليمين لا بد ان تتعلق بما تتعلق به الدعوى وليس المقام كذلك لتعلق الاولى بعدم العلم والثاني بثبوت الحق ولا ملازمة بينهما .

نعم لو ادعى علمه بالحق اتجه حلفه بعدم علمه. ورد بان نفي العلم ان رجع الى الانكار فتصح به اليمين والا لامعنى للرد المختص بالمنكر وحيث ان جواز الرد كالمقطوع فهو منكر وله الرد والحلف معاً .

وعلى القول الاول يقع البحث في ان مثل هذه اليمين -- مع كفايتها لقطع الدعوى -- هل تمنع من اقامة المدعى اليينة بعدها أم لا بل المنع المذكور مخصوص باليمين على البت قبل بالاول وقيل بالثاني فللمدعي تعقيب ادعائه باقامة اليينة وأخذ المال مثلاً بناء على ظهور ما دل على الاسقاط في اليمين التي يكون متعلقها النفي في نفس الامر ولا أقل من الشك فيبقى عموم ما دل على قبولها بحاله .

وربما يقال بجواز حلفه على نفي الواقع اعتماداً على الاستصحاب فانه حجة شرعية لكن الحلف عليه لاجله مشكل لماورد من عدم جواز الحلف الا عن علم^(١) نعم اذا كان المدعى به عيناً انتقلت اليه بناقل شرعي وقلنا بجواز الحلف اعتماداً على اليد جاز حلفه على عدم الثبوت فتأمل .

وأما الاستظهار السابق فهو في محله بالنظر الى معتبرة عبدالله بن يعفور المتقدمة فانها ظاهرة - ظهوراً قوياً - في اختصاص الحلف المانع عن اقامة البينة بحلف المنكردون الجاهل الشاك فلاحظ .

أقول: اما انه يصح منه الحلف فلانه المدعى عليه كما اشير اليه واما ان حلفه على نفي علمه فلحرمة الحلف على غير العلم واما انه المانع عن اقامة البينة بعد ذلك فان مفروض الكلام في الحلف الذي رضى به المدعي واذن له والا كان لغواً وعبثاً كما مر، وقد مر قول الصادق عليه السلام: ومن حلف له بالله فليبرض ومن حلف له بالله فلم يبرض فليس من الله عز وجل^(٢) ولا شك في شموله للمقام .

وأما ان له الرد مع كونه غير منكر فلما مر من صحيح بن مسلم وهشام وغيرهما^(٣) كل ذلك ان كذبه المدعى في عدم علمه والا فلا معنى ليمينه فتتحل الدعوى من دون بينة ويمين وقيل لايجوز له حينئذ رد اليمين الى المدعي أيضاً لفرض انه لايمين عليه حتى يرد .

أقول : والانصاف عدم دلالة صحيحة بن مسلم على تشريع الرد له في الفرض فالعمدة صحيح هشام وفي دلالته على المرام تأمل .

(١) ص ١٨٠ ج ١٦ الوسائل.

(٢) ص ١٥١ ج ١٦ .

(٣) ص ١٧٦ ج ١٨ .

مسألة ٩٦ : اذا اعتمد المدعي عليه على السكوت فذهب جمع الى ان الحاكم يقول له اما اجبت واما جعلتك ناكلا ورددت اليمين على المدعي ، فان اصر رد اليمين على المدعي وذهب جماعة الى انه يلزم بالجواب لان السكوت ليس جوابا ، والفرض تعلق حق الدعوى به فان عاند حبس حتى يجيب وقيل يجبر بضرب وتوهين مثلاً من باب الامر بالمعروف ، وقيل بالتخير بين الحبس والرد لكن المعروف بين اصحاب هذا القول هو الحبس فقط كما قيل .

أقول : اطلاق قوله عَلَيْهِ ترد الايمان على المدعي يشمل فرض الجواب بالانكار وامتناعه عن الحلف عنادا أو تعظيماً فاذن لا موجب للحبس ونحوه الا اذا رأى الحاكم صلاحاً فيه في بعض الموارد ، فالصحيح هو القول الاول .

مسألة ٩٧ : اذا قام المدعي الشاهدين وعرف الحاكم عدالتهما فهل يجب عليه سؤال المدعي عليه هل عندك جرح؟ والحق انه لا دليل عليه خلافاً لبعضهم نعم لو ادعي هو جرحهما امهله لاثباته بما لم يتضرر المدعي وقيل لاخلاف بينهم في ان الحاكم ينظره ثلاثاً فان لم يثبت قضي عليه ، وقيل اذا كان المدعي به يرجع الى القتل والقصاص والفرج لا بد من امهال مدعي الجرح ولو الى مدة طويلة وفي فرض مزاحمتها لضرر المدعي لا بد من ملاحظة الاهم والمهم ولو ادعي اجنبي جرح الشهود لا يلتفت اليه بعد اعتقاد الحاكم بالعدالة .

مسألة ٩٨ : لا يجب على المدعي اذا اقام البينة الحلف لانه وظيفة المنكر والتقسيم قاطع للشركة وقد ادعي عليه الاجماع بقسميه ويدل عليه صحيح محمد وغيره ^(١) .

نعم فى الدعوى على الميت تنضم اليمين الى البينة كما سبق تفصيله .
مسألة ٩٩ : الظاهر عدم الدليل على جواز حبس المدعى عليه او مطالبة
بكفيل او ملازمته قبل اثبات حقه بدعوى هربه وتضييع حق المدعى وان وعد
باقامة البينة كما عن عامة المتأخرين خلافاً لجمع .

مسألة ١٠٠ : اذا تبين للحاكم كذب البينة او اليمين يجب عليه اعلام
ذى الحق ونقض حكمه لثلا يستند تضييع الحق اليه فيكون ظالماً ^(١) ويجوز
لصاحب الحق المقاصة حينئذ ولو قهراً .

مسألة ١٠١ : لايجوز للحاكم الزام المدعى باحضار بينته او اقامة البينة
الحاضرة اذله اقامتها واحلاف المنكر وترك الدعوى .

مسألة ١٠٢ : اذا اقام المدعى البينة فليس له احلاف المدعى عليه اذ المستفاد
من الروايات اثبات هذين الحقين له على البدل لاعلى نحو الجمع نعم اذا
رضي المنكر بالحلف بعد اسقاط المدعى حقه على تقدير حلفه لايبعد صحة
اليمين .

مسألة ١٠٣ : اذا كانت عدالة الشهود مجهولة عند القاضي فهل يجب عليه
الفحص عنها اذا احتمل كشف الحال فيه وجهان: من كونه مقدمة القضاء الواجب .
ومن انه يتعلق باثبات المدعى به وهو وظيفة المدعى وقد ورد ان البينة على المدعى .
وكذا اذا جرحها المنكر وطلب من الحاكم تحقيق الحال فانه غير واجب عليه .

مسألة ١٠٤ : اذا تبين فسق الشاهدين او احدهما حال الشهادة نقض الحكم
بلا خلاف ولا اشكال لفقد الشرط او بعد الحكم صح الحكم بلا خلاف واشكال

(١) لكن فى فرض العلم بعدم وصول الحق الى صاحبه لجهة من الجهات لايجرى
الدليل المذكور .

لعدم المانع واما اذا طرء الفسق بعد الشهادة وقبل الحكم فان سرى الشك في عدالتها السابقة ولم يجر الاستصحاب ينقض الحكم كالصورة الاولى والافيه خلاف، المنسوب الى المشهور عدم جواز الحكم بشهادتهما في حقوق الله لدراء الحد بالشبهة وذهب جمع اليه في حقوق الناس أيضاً وقال جمع بجوازه فيها .

و عمدة دليل المنع ان الحكم حينئذ مستند الى شهادة فاسقين لاعادلين وردّ باستناد الحكم الى شهادة عدلين حين الشهادة ولم يثبت اعتبار بقاء عدلتهما حين الحكم .

ولذا ذهب جمع الى جواز الحكم مطلقاً وهو الاظهر .

مسألة ١٠٥ : مقتضى القاعدة لزوم بيان السبب في الجرح و التعديل اذا احتتمل مخالفة نظر الشاهدين لنظر الحاكم في معنى العدالة والافيكفى الاطلاق وعن المشهور ان الجرح لا يثبت الا مفسراً ولا يمكن اتمامه بدليل كما ان قول الجواهر: لما هو المعلوم من طريقة الشارع من حمل عبارة الشاهد على الواقع وان اختلف الاجتهاد في تشخيصه ممنوع والعلم غير حاصل لنا .

مسألة ١٠٦ : قالوا بعدم جواز الشهادة بالعدالة والجرح استناداً الى البينة والاستصحاب ولا الى حسن الظاهر (في العدالة) لاعتبار العلم فيها فلا بد للشاهد من العلم بالعدالة والجرح نعم يجوز الشهادة بحسن الظاهر ويصح للحاكم قبولها بناء على اثبات العدالة بحسن الظاهر كما انه لا اشكال في جواز اعتماد الحاكم على الاستصحاب والبينة في ترتيب اثار العدالة والجرح وكذا على حسن الظاهر في ثبوت العدالة .

مسألة ١٠٧ : قيل لا يجوز الشهادة بالجرح بمجرد مشاهدة ارتكاب كبيرة اذا لم يعلم انه علي وجه المعصية لاحتمال جوازها بمعذرة ، أو لاحتمال عدم

استلزامها الفسق وان فرضت الحرمة كما اذا صدرت عن جهل قصور .
مسألة ١٠٨ : اذا رضى المحكوم عليه بشهادة فاسقين لايجوز للحاكم أن يحكم بها لان رضاه لا يوجب تغييراً في موازين القضاء بل لايجوز حكمه بشهادة شاهدين ادعى المدعى عليه عدالتهما و لكن أخطأهما في الشهادة اذا لم تحرز عنده .

مسألة ١٠٩ : لايشترط في قبول الشهادة معرفة الشاهدين باسمهما ونسبهما بل وتميزهما فلو شهد جمع يعلم بوجود عدلين فيهم صح الحكم .
مسألة ١١٠ : اذا اختلف الشهود بالجرح والتعديل يستعمل الحال فان لم تعارض البيئتان يبني على الثابت فعلا كما اذا استند المعدلة عدالة الشاهدين الى الملكة والجارحة الى مشاهدة المعصية منهما أو استند الجارحة الى المعصية في السنة الماضية والمعدلة الى التوبة وحصول العدالة الفعلية . وان تعارضتا كما اذا شهدتا مطلقتين بلا تفصيل أو شهدت الجارحة بفسقهما في مكان خاص في يوم معين وشهدت المعدلة بعد التهمة في ذلك الوقت وانهما لم يكونا في ذلك المكان في الوقت المذكور مثلاً فتتساقتان ولا تقدم الجارحة على المعدلة لعدم الدليل عليه . فان كان للعدالة أو الفسق حالة سابقة يؤخذ بها .

حكم الشاهد واليمين

مسألة ١١١ : يصح القضاء في الديون بشهادة واحد ويمين المدعي بلا خلاف واشكال وهذا هو القدر المتيقن ^(١) من الروايات التي تقسم على ثلاثة أقسام :
الاول ما دل على اختصاص ذلك في الدين كصحيح بن مسلم عن الصادق عليه السلام :

(١) بل هو المقطوع في نفسه كما في الجواهر وقال: بل وافقنا أكثر العامة خلافاً

كان رسول الله ﷺ يجيز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين ، ولم يجز في الهلال الاشاهدي عدل (١) .

وكصحيح حماد بن عثمان عنه عليه السلام كان علي عليه السلام يجيز في الدين شهادة رجل ويمين المدعي (٢) بل في رواية سليمان ... قضى رسول الله ﷺ بشهادة رجل مع يمين المدعي في الدين وحده لكن الرواية ضعيفة لجهالة سليمان بن قاسم خلافاً للاستاذ ومن قلده .

نعم في موثقة أبي بصير عن الصادق عليه السلام ... كان رسول الله ﷺ يقضي بشاهد واحد ويمين صاحب الحق وذلك في الدين (٣) أقول : الجملة الاخيرة ليس لها ذاك الظهور في الحصر على ان القسم الثاني ينفيه في العين .

الثاني ماهو صريح في جريانه في العين و هو صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج الطويلة الواردة في قضية درع طلحة (٤).

الثالث مايدل على جريانه في مطلق حقوق الناس كالعين والدين أي كل حق مالي في الذمة بأي سبب كان كالقرض و ثمن المبيع وجميع المعاملات ودية الجنابات و مهر الزوجة ونفقتها و الضمان والحقوق غير المالية كالنكاح والطلاق وغيرها كصحيح محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام : لو كان الامر الينا أجزنا شهادة الرجل الواحد اذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس ، فاما ماكان من حقوق الله عزوجل أو رؤية الهلال فلا (٥).

(١) ص ١٩٣ ج ١٨ .

(٢) ص ١٩٥ .

(٣) ص ١٩٣ .

(٤) ص ١٩٤ ج ١٨ .

(٥) ص ١٩٥ الوسائل وص ١٩٦ المصدر .

وفي صحيح منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام كان رسول الله ﷺ يقضي بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق ^(١) وقريب منه معتبرة أبي مريم ^(٢) بل في صحيح حماد وغيره: ان رسول الله قضى بشاهد ويمين ^(٣) لكن اطلاقه محمول على ماسبق ان فرض له اطلاق .

لا اشكال في جريان الحكم في العين والدين وأما جريانه في مطلق حقوق الناس تأمل من ظهور صحيح محمد بن مسلم فيه ومن ذيل موثقة ابي بصير الدال على اختصاصه بالدين الذي رفعنا اليده في العين لصراحة صحيحة بن الحجاج ^(٤) فلاحظ ولا بأس بترجيح ظهور صحيح بن مسلم على الذيل المذكور فانه اظهر منه وان كان خلاف المشهور فتأمل والله العالم .

فايدة

قال الاصولي العراقي (ره) في ص ٩٨ كتاب قضائه :
لو ادعى أحد ان هذه الجارية التي في يد غيره ام ولدى فهنا دعاوى اربعة
مملوكة الجارية فعلا ، وحريتها بعد موتها ، وانتساب ولدها اليه ، وكونه حرا
لاشكال في ثبوت الدعوى الاولى بالحلف . كما انه لا اشكال أيضاً في ثبوت
الدعوى الثانية باقراره ، كما انه بناء على مبناهم من اختصاص الشاهد واليمين
بالماليات عدم ثبوت الثالثة بهما وأما حرية الولد ففي ثبوتها باليمين المزبورة
اشكال ...

(١) ص ١٩٣ ج ١٨ الوسائل.

(٢) ص ١٩٥ .

(٣) ص ١٩٣ و ص ١٩٥ و ص ١٩٧ .

(٤) واذكره الشيخ (قده) في تفسيرها ضعيف فلاحظ ص ٢٧٣ ج ٤٠ من الجواهر.

مسألة ١١٢ هل يعتبر تقديم الشاهد على اليمين كما نسب الى المشهور بل قيل انه لا خلاف فيه بل في كشف اللثام نسبه الى قطع الاصحاب فلو بدء باليمين وقعت لاغية لا بد من اعادتها ام لا ؟ لم نجد دليلاً على اعتبار تقديمه عليها والمعية الواردة في الاخبار تصدق مع تقديمها وتأخيرها .

مسألة ١١٣: اذا كان المال لجماعة واقاموا شاهداً واحداً فهل يجب الحلف على كل واحد بحيث لو حلف بعضهم ولم يحلف بعضهم الاخر ثبت حق الحالف دون غيره ام يكفي حلف احدهم لثبوت كل الحق؟ نقل عن المشهور الاول وان الدعوى تنحل الى دعاوى متعددة وان كانت واحدة في الظاهر والاجماع ظاهراً على عدم ثبوت المال بحلف غير مالكة .

وعن المقدس البغدادي استظهار الثاني ان لم ينعقد اجماع على خلافه .
أقول لعل هذا هو الأرجح لاطلاق صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة (مع يمين الخصم في حقوق الناس) وبه يضعف الوجه الاول وأما الوجه الثاني فلاظهر اثبات الحق بحلف غيره اذا جمع فيه سائر الشروط خلافاً للمشهور لان المأخوذ في بعض الروايات المتقدمة وان كان عنوان صاحب الحق، لكن في بعضها الآخر عنوان المدعي فلاحظ .

ومما يشهد لضعف الوجهين المذكورين هو صحيح ابن الحجاج المشار اليها سابقاً الوارد في موضوع درع طلحة فان الظاهر منها كفاية حلف المدعي وهو غير ورثة طلحة فافهم .

لا يقال : لعل الامام يأخذ الدرع لنفسه أو لبيت المال لا لورثة طلحة فانه يقال هذا احتمال مرجوح لان الامام لم يعامل مع محاربي البصرة هذه المعاملة بل امر جنده برد اموال البغاة اليهم كما في التاريخ . ومع ذلك ، الاقدام على مخالفة المشهور بهذا المقدار لا يخلو عن شيء .

ثم ان لبعض أساتذتنا تبعاً للعلامة ^(١) تفصيلاً في مأخذه الحالف قال :
 فان كان المدعي به ديناً أخذ الحالف حقه ولا يشاركه فيها غيره (من الورثة والشرقاء)
 فان الدين كلي في الذمة وكل واحد من الورثة يستحق مقداراً منه لو كانت
 الدعوى صادقة فللحالف أن يأخذ حقه ولا يشاركه فيه غيره وان كان عيناً شاركه
 في الحصة غيره من الورثة لانها مال مشترك فيه بمقتضى اقراره فيجب عليه رد
 حصة الآخرين عليهم ^(٢).

ثم قال الاستاذ: نعم يمكنه أن يتوصل الى أخذ تمام حصته ببيع مايستحقه
 من الحصة المشاعة في العين على المدعي أو على غيره فيأخذ تمام الثمن وكذلك
 الحال في دعوى الوصية بالمال لجماعة فانهم اذا أقاموا شاهداً واحداً ثبت حق
 الحالف منهم دون الممتنع . أقول : ولعله غير بعيد وذهب صاحب الجواهر
 الى الحاق الدين بالعين في اشتراك الكل فيما يقبضه الحالف .

مسألة ١١٤ : لو كان بين الجماعة المدعين مالا لمورثهم صغير فالمشهور
 انه ليس لوليه الحلف لاثبات حقه بل تبقى حصته الى أن يبلغ، ولكن مر آنفاً
 انه لا مانع من حلف ولية فان اطلاق الروايات يدل على كفاية حلف الولي
 والوصي والوكيل .

مسألة ١١٥ : اذا ادعى بعض الورثة في مال مورثه وفقاً أو وصية ونحو ذلك
 ولم يحلف لا يسمع دعواه ويقتسم المال بين الورثة ويجب على المدعي الالتزام
 بدعواه في حصته تنجيلاً لأقراره .

(١) ص ٢٨٥ ج ٤٠ الجواهر .

(٢) ويمكن - بناء على هذا - أن يأخذ الحالف جميع العين اذ كل مأخذه يجب
 عليه ايصال حق الآخرين فينقص حقه فيجوز حلفه على وجود حقه في الباقي ولا أدري هل
 يلتزم به هذا القابل أم لا ؟ .

مسألة ١١٦ : اذا امتنع بعض الورثة عن الحلف ثم مات قبل حكم الحاكم قيل قام وارثه مقامه فان حلف ثبت الوقف في حصته والا فلا .

مسألة ١١٧ : لو ادعى بعض الورثة ان الميت وقف عليهم داراً مثلاً وبعدهم على نسلهم ، فان حلف المدعون مع شاهدهم قضى لهم . واذا انقضوا معاً أو على التعاقب قيل لا بد للبطن الثاني من الحلف والا كانت الدار ارثاً وقيل يكفي حلف البطن الاول ^(١) والاول هو الاوجه على مذهب المشهور من اعتبار تعدد الحلف بتعدد المدعين والثاني هو الانسب الى الارتكازات ولا يمكن الحلف للبطن اللاحقة بل للبطن الثاني غالباً ، فيكون هذا دليلاً آخر على تأييد ما ذكرنا رجحانه من كفاية حلف الواحد مع الشاهد الواحد لاثبات تمام الحق .

ولومات أحد الحالفين صرف نصيبه الى الباقي وان لم يبق الا واحد منهم صرف الكل اليه لاشتراط استحقاق البطن الثاني بانقراض الاولين ولا يحتاج الصرف المذكور الى يمين ثانية حتى على المشهور فانهم أثبتوا استحقاقهم بيمينهم الاولى . وان ، امتنع الجميع حكم بالدار المذكورة ميراثاً ولكن كان نصيب المدعين لمكان اقرارهم وقفاً واذا ماتوا صرف الى أولادهم وقفاً من دون يمين اذ لا منازع لهم في هذه الصورة والاباء اعترفوا بالوقفية وهذا ظاهر .

وهل يصح حلف أولاد النساكلىن على وقف الدار أجمع فيه وجهان المذكوران في المسالك ولكن في الجواهر ^(٢) : الظاهر عدم خلاف محقق في ان للبطن الثاني اليمين مع نكول البطن الاول عنه بناء على تلقيهم من الواقف (لا من البطن الاول) ويكفي في صحة الوقف في حقهم احتمال الاتصال وان

(١) ص ٢٩١ ص ٢٩٧ ج ٤٠ . من الجواهر

(٢) ص ٢٩٤ المصدر .

كان هو منقطعاً في ظاهر الشرع بمعنى عدم ثبوته للبطان الاول .
ولو حلف بعض المدعين يثبت نصيب الحالف وفقاً وكان الباقي طلقاً تقتضي
منه الديون والوصايا وما فضل يكون ميراثاً لكن لا يملكه الحالف حصّة لانه يعترف
بوقفية الدار ووصول حقه منها اليه ولا المنكر لانها زائدة على حقه بعد حكم
الحاكم بوقفية بعض الدار ولا الناكل لعدم ثبوت حقه بنكوله وان جازله ما بينه
وبين الله بقية حقه من الوقف وعن الشيخ انه يقسم بين المنكرين والناكلين .
مسألة ١١٨ : اطلاق بعض الروايات يدل على شهادة الواحد واليمين
حتى مع التمكن من البيئة ولا اقل من الشك والاصل عدم اعتبار المعجز بها ،
وسياتي ما يتعلق به فيما بعد .

مسألة ١١٩ : الحالف اذا رجع عن شهادته يضمن نصف المال ظاهراً
لان تلفه يستند اليه ويستند النصف الاخر الى اليمين .
مسألة ١٢٠ : يثبت الحق بشهادة المرأتين ويمين المدعي كما عن الاكثر
خلفاً لابن ادريس والعلامة في تحريره^(١) ويدل على المشهور صحيح منصور
عن الكاظم عليه السلام : اذا شهد لطالب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز^(٢) .
وصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام ان رسول الله ﷺ اجاز شهادة النساء
مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله ان حقه لحق^(٣) .
وفي جواز شهادتهن في غير الماليات من حقوق الناس نظر لقصور هاتين
المعتبرتين عن الدلالة عليه لاحتمال انصراف الحق في الصحيح الاول الى
الدين فتأمل والظاهر ابتناء المسألة على ما مر من كفاية شهادة الرجل الواحد
مع يمين المدعي لاثبات مطلق الدين أو خصوص الدين والعين .

(١) ص ٢٧٥ ج ٤٠ الجواهر .

(٢) (٣) ص ١٩٨ ج ١٨ الوسائل .

أحكام اليمين

مسألة ١٢١ : لا يصح الحلف إلا بالله وأسمائه تعالى بلاخلاف واشكال
لجملة من الروايات ففي صحيح بن مهزيار وصحيح بن مسلم عن الجواد وعن
الباقر عليه السلام... وليس لخلقه أن يقسموا إلا به. وفي صحيح الحلبي عن الصادق
عليه السلام لأرى للرجل أن يحلف إلا بالله ^(١) وأما الحرمة التكليفية ففيها
بحث ذكرناه في قسم المحرمات من حدود الشريعة، ومقتضى اطلاق الروايات
عدم اعتبار العربية في أسمائه تعالى فيصح بكل لغة كما ان الظاهر صحة القسم
باسمائه غيرالخاصة اذا قصده الحالف بها للاطلاق .

مسألة ١٢٢ : المشهور عدم جواز استحلاف أحد ولو كان كافراً إلا بالله
تعالى، ولايصح بالكتب المنزلة والرسل والاماكن المشرفة ونحوها بلاخلاف
كما قيل .

وعن الشيخ في المبسوط ان الوثني والملحد يستحلف بالذي يعبد ويعتقد
انه الخالق أوالرازق. وجوز سيدنا الاستاذ استحلاف الحاكم أهل الكتاب
بمايعتقدون ولم يُوجب الزامهم بالحلف باسمائه تعالى ونسب الخلاف الى

جماعة، واستدل بروايات أربع :

أولها صحيح مسلم قال سألته عن الاحكام فقال: في كل دين ما يستحلفون.
ثانيها صحيح محمد بن قيس: قضى علي في من استحلف أهل الكتاب
بيمين صبر، ان يستحلفه بكتابه وملته .

ثالثها معتبرة السكوني ان أمير المؤمنين عليه السلام استحلف يهودياً بالتوراة
التي انزلت على موسى.

رابعها صحيح محمد بن مسلم الثاني: سألته عن الاحكام! فقال تجوز على
كل دين بما يستحلفون^(١) .

أقول: الاولى أخبار عن شرايعهم وليس فيها بيان حكم، والثانية قضية في
واقعة ومثلها الثالثة على انها ضعيفة سنداً بالنوفلي، والعمدة هي الرابعة التي
رواها الصدوق لكن يمكن أن نناقشها بانها هي الثانية بعينها التي رواها الشيخ
فلمحمد بن مسلم رواية واحدة رواها الشيخ والصدوق بعبارتين مختلفتين نقلا
بالمعنى من بعض الرواة أو من نفسه وحيث لم يتعين عبارة الامام حتى يفهم
ان المراد بيان ثبوت الحكم في هذه الشريعة أو أخبار عن الشرايع السابقة
فلا يتمسك بالروايتين معاً .

واستدل المشهور بروايات معتبرة منها ما مرّ من قولهما عليهما السلام : وليس
لخلق أن يقسموا الا به ومنها صحيح سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام لا يحلف
الرجل اليهودي ولا النصراني ولا المجوس بغير الله ان الله عز وجل يقول :
فاحكم بينهم بما أنزل الله^(٢) .

ومنها صحيح الحلبي عنه عليه السلام عن أهل الملل يستحلفون؟ فقال: لا تحلفوهم

(١) ص ١٩٧ - ١٩٨ ج ١٦ الوسائل.

(٢) ص ١٩٦ ج ١٦ .

الآ بالله عزوجل .

يقول السيد الاستاذ أن تلك الروايات تقيد اطلاق هذه الروايات لكنها على فرض صحتها سنداً ودلالة تعارض هذه الاخبار ولا يمكن حملها على الكراهة بقرينة تلك بدعوى انها ناصة وهذه ظاهرة لان ذيل صحيح سليمان يأبى عن الكراهة ومع فرض التعارض والتساقط يرجع الى اطلاق أدلة القضاء بالايان المنصرفة الى الايمان المعتبرة عند المسلمين دون مطلقها كما يظهر من الاستاذ دام بقائه فلاحظ .

وأما قول المحقق في الشرايع: لورأى الحاكم احلاف الذمي بما يقتضيه دينه أردع جاز وتبعه غيره فهو مجرد عن الدليل، ولا يجب على المدعى عليه اجابته ولا تكفي الاردعية لتقييد ما عرفته .

مسألة ١٢٣ : اذا كان المنكر كافراً حربياً فليل يستحلف بالله وقيل انه يستحلف بما يعتقد وذهب السيد الاستاذ الى عدم استحلافه مطلقاً بل عدم جريان أحكام القضاء عليه، فانه لاحترام له مالا ونفسا وانه مهدور الدم والمال فيجوز للمدعي عليه أن يأخذ منه ماشاء من دون حاجة الى اثبات. نعم اذا لم يتمكن المدعي من أخذ ما يدعيه الا بالاستحلاف جاز له استحلافه بكل ما يمتنع من الحلف، مقدمة للتوصل الى الاخذ .

مسألة ١٢٤: لا يجوز للمدعى عليه ان يوكل غيره للحلف لما تقرر في محله من ان مقتضى الاطلاق اعتبار المباشرة والتوكيل انما يجرى في الامور الاعتبارية كالعقود والايقاعات وفي بعض الامور التكوينية التي جرت السيرة عليه كالقبض والاحياء ونحوهما دون مالم يدل عليه دليل .

مسألة ١٢٥ : اذا علم ان الحالف وري في حلفه وقصد به شيئاً آخر ففي كفايته وعدمها خلاف كما في مباني تكملة المنهاج (ج ١ ص ٢٧) واستظهر

الاستاذ عدم الكفاية لصحيح اسماعيل وصحيح صفوان^(١) ولا بأس به^(٢).

مسألة ١٢٦ : المشهور المدعى عليه الاجماع انه لا يستحلف الحاكم احدا الا في مجلس قضائه، بمعنى عدم ارسال احد الى محل المنكر لاحلافه الا مع العذر المانع من الحضور فيستنيب الحاكم من يحلفه في منزله وحيث لا دليل عليه لامانع منه مطلقاً وبما قيل بعدم جواز استنابة الحاكم للاحلاف حتى في مجلس القضاء وبحضوره. واتمامه غير ميسور بدليل الا ان يراد بقوله هذا لغوية الحلف تبرعاً من دون اذن الحاكم مطلقاً .

مسألة ١٢٧ : لو حلف شخص على ان لا يحلف ابداً ولكن توقف اثبات حقه على الحلف جازله ذلك لنفي الضرر ولانحلال اليمين اذا فرض ترك الحلف مرجوحاً كما يدل عليه روايات ذكرناها في بحث الواجبات من حدود الشريعة. مسألة ١٢٨ : حلف الاخرس بالاشارة المفهمة كغيره من عقده أو ايقاعه او اقراره كما هو المشهور . وقيل يكتب صورة اليمين في لوح مثلاً ويغسل ويومر بشربه بعد اعلامه فان شربه كان حالفاً وان امتنع الزم الحق . أقول: وبه رواية وهي صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق^(٣) والاحوط هو الجمع بين الامرين .

مسألة ١٢٩ : يجب ان يكون الحلف على البت سواء كان في فعل نفسه أو فعل غيره وسواء كان في نفي أو اثبات أو على عدم علمه بشيء باختلاف الموارد فقد يعلم بنفي الفعل عن غيره وقد لا يعلم بصدور الفعل عن نفسه لطول المدة أو غلبة النسيان أو كثرة الشغل ونحو ذلك ، لانه الظاهر من الروايات

(١) ص ١٧٩ ، ص ١٨٠ ج ١٦٦ .

(٢) لاحظ المسألة المائة والسادسة والثلاثين .

(٣) ص ٢٢٢ ج ١٨ الوسائل .

ولصحيح هشام عن الصادق عليه السلام : لا يحلف الرجل الاعلى علمه .

مسألة ١٣٠ : لا يتوجه اليمين على المنكر في الحدود ولا تسمع الدعوى فيها الابالينة ولا خلاف فيه ظاهراً بيننا لمعتبرة غياث ... ان أمير المؤمنين ... لا يستحلف صاحب الحد وتقرب منها موثقة اسحاق ^(١) .

ولا فرق بين كون الحد من حق الله أو من حق الناس كالقذف .

مسألة ١٣١ : يحلف المنكر للسرقة مع عدم البينة فيسقط عنه الغرم .

ولو اقام المدعى شاهداً وحلف غرم المنكر ولكنه لا يحد لما مر من عدم ثبوت الحد الابالينة أو الاقرار ، والظاهر عدم سقوط الحد بالحلف بمعنى انه اذا قامت البينة بعده حد فان اليمين لا تذهب الا بحق المدعى دون حق الله تعالى وهكذا فيما اذا ادعى الذمى على مسلم انه شرب خمره .

مسألة ١٣٢ : لا خلاف ولا اشكال في انه يكفي مع الانكار الحلف على نفي الاستحقاق وان كانت الدعوى سبياً خاصاً لانه ياتي على الدعوى لكونه شاملاً لهما ولادليل على اعتبار الخصوصية في الجواب بل ظاهر الادلة خلافه بل ربما يكون له غرض في الجواب بذلك فلا يكلف غيره كما في الجواهر ^(٢) .

مسألة ١٣٣ : اذا ادعى شخص مالا على ميت فان ادعى علم الوارث به والوارث ينكره فله احلافه بعدم علمه ولا ترد اليمين على المدعى بدعوى عدم قدرة المنكر على الحلف على عدم الحق فان اليمين الواجبة على المنكر ليست هي اليمين على العدم فقط بل عليه وعلى نفي العلم باختلاف الموارد نعم اذا نكل اورد على المدعى حلف واما اذا لم يدع المدعى عليه علمه بالحق فان

(١) ص ٣٣٥ و ص ٣٣٦ ج ١٨ الوسائل .

(٢) ص ٢٤٧ و ص ٢٤٨ ج ٤٠ .

اثبتته بالبينة فهو والا فلا يتوجه اليمين الى الوارث اذا اظهر جهله بالحال وصدقه المدعي فتقبل الدعوى ، واما اذا لم يصدقه وطلب من الحاكم حلفه ففي وجوب استحلافه نظر من الاطلاقات ومن عدم ادعائه علمه . ولعل الاول اظهر . فلا تسمع الدعوى .

مسألة ١٣٤ : نسب بعض علماء العصر ^(١) الى كلمات الاصحاب انه لو اقيمت البينة عند حاكم وجب ان يكون الحلف عنده أيضاً فلو مات الحاكم أو غاب بعد اقامتها لم يكف تحليف حاكم اخر من دون ان تجدد عنده اقامة البينة وادعى انه مسلم عند الاصحاب لكنه ان محت النسبة لادليل عليه ، واستدل هو بامور لم تقنع نفسه .

مسألة ١٣٥ لو ادعى ان له حقاً على زيد مات وترك مالا عند فلان - سواء الوارث وغيره - فيجب على المدعي عليه في فرض عدم الاعتراف ، الحلف على عدم علمه بموت زيد او على نفي وجود مال للميت عنده أو على عدم موت زيد فالحلف على كل منها يبطل دعوى المدعي .

مسألة ١٣٦ قيل لاشكال في حرمة حلف المنكر كاذباً وان وري في حلفه بالقلب أو اللسان على وجه لا يسمعه القاضي أو المدعي لاستقلال العقل بقبحه ، بل وجود ملاك قبح الكذب المحرم عقلاً ونقلاً فيه وهو هتك احترام اسم الله تعالى ثم قال قائل هذا القول : ولعل حرمة التورية في الحلف الكاذب ومساواته مع الكذب هو المشهور بين العلماء كما ادعاه الشيخ دام ظله (يريد به ظاهراً الشيخ الانصاري قده) ولا يترتب على مثل هذا اليمين اثر ولا تفصل بها الدعوى ^(٢)

(١) ص ١٨٥ كتاب القضاء للسيد الشيرازي ، مفروض المسألة في الدعوى على

الميت فلا يصعب عليك فرض اليمين مع البينة .

(٢) لاحظ ص ٣٣٣ و ص ٣٣٤ قضاء المحقق الرشتي .

القول فى احكام القسمة

مسألة ١٣٧ : يجب اجابة الشريك فى قسمة المال المشترك على شريكه لبناء العقلاء وعدم ردع الشارع اياه ثم القسمة على ثلاثة انواع قسمة افراز فقط وقسمة تعديل وقسمة رد وفي الجواهر ومتنها ^(١) : ان المقسوم مثلياً كان أو قيمياً عقاراً أو غيره متحداً أو متعدداً متفقاً فى الجنس أو مختلفاً ان لم يكن فيه رد ولا ضرر اجبر الممتنع وتسمى قسمة اجبار وان تضمنت احدهما لم يجبر، وتسمى قسمة تراض .

وسياتى ما فيه من الملاحظة وان القسمة تجبر عليها ما لم يكن فيها ضرر وان كان فيها رد .

مسألة ١٣٨ : نفل عن ظاهر الاكثر حصول تعيين الحق بتراضي الشريكين على القسمة وتخصيص كل واحد من الشركاء بحقه وان لم تحصل القرعة ، لصدق القسمة، وتسلب الناس على اموالهم وربما يقال باعتبار القرعة فى مفهوم القسمة فلا تصدق بدونها فان القسمة تميز الحق عن الآخر ولا يميز له فى الشرع غير القرعة . وفي الجواهر : وظاهر الاساطين من الاصحاب المفروغية من

اعتبارها فيها ^(١) وفيها أيضاً : فاصالة بقاء الشركة حينئذ بحالها بعد عدم دليل على الاكتفاء بالرضا معيناً .

أقول الحق ماعن الاكثر لصدق القسمة على التخصيص والافراز المذكور جزما فلاشك في صدق المفهوم حتى يمنع عن التمسك بالاطلاق والعموم ان كانا . لكن الظاهر عدم كثير ثمرة للبحث اذا المهم حصول تعيين حق كل من الشركاء بمجرد تراضيهم وان لم يصدق عليه القسمة لبناء العقلاء وعدم ردع من جانب الشرع ولو بحصر في ادلة القرعة .

مسألة ١٣٩ : هل يكفي مجرد الرضاء السابق في لزوم القسمة وعدم جواز فسخها من طرف واحد ام لا بل هي تقوم بالرضاء حدوثا وبقاء لاصالة بقاء الشركة ؟

قال بعض المعاصرين اذا اخذ كل واحد حصته فلا اشكال ولاخلاف في انه لا يحق له ان يفسخ في غير صورة الغبن ونحوه لانه بقبوله كون هذه الحصه له تعين ماله في هذا عرفا ولم يردع منه الشرع، وقد يقال ان الحصه بعدالقسمة ماله ولاحق لغيره في ان يأخذ .

أقول:الظاهر انه أشتب عليه مورد نفى الخلاف والاشكال في عبارة الجواهر ومنتها ^(٢) والا فالخلاف محقق حتى مع القرعة كما يأتي فضلا عما اذا خلت القسمة منها، بل لم يكن لنفي الاشكال على نحو الجزم أيضاً محلا مناسباً .
وحجته مزيفة أيضاً اذ التعين وان حصل بالرضا الا ان الكلام في كونه علة محدثة فقط أو علة محدثة ومبقيه؟ لادليل على احدهما خصوصاً قبل التصرف واللف بل اصالة بقاء الشركة يؤيد الثاني فتأمل . وعلى كل لافرق فيما ذكر

(١) ص ٣٣٠ نفس المصدر .

(٢) لاحظها في ص ٣٢٨ ج ٤٠ المصدر .

بين الاخذ وعدمه بعد القسمة الا ان يدعى جريان بناء العقلاء على اللزوم في فرض الاخذ خصوصاً بعد التصرف والاستعمال فلاحظ .

وذهب بعض اساتيدنا الاعلام دام ظله الى انها عقد لازم لاصالة اللزوم في كل عقد والفسخ يحتاج الى دليل ومع فقدته يحكم بلزومه وان ادعى وقوع الغلط فيها لاصالة الصحة الا اذا اثبتة بالبينة ، ولو ادعى علم شريكه بوقوع الغلط فله احلافه على عدم العلم اذا انكر^(١).

أقول : لامناص عما افاده ان ثبت كون القسمة عقداً لكنه مشكل جداً .
مسألة ١٤٠ : اذا قسم الشركاء الحق المشترك بالقرعة تلزم القسمة وان لم نقل انها عقد لازم. ولا يعتبر الرضا بعدها بها خلافاً لجماعة من اصحابنا الاعلام (قدم) وذلك لظهور ادلتها في اقتضاءاتها التعيين والتمييز فمع حصوله بها لادليل على زواله وان كرهه احدهم بل الاصل على خلافه .

مسألة ١٤١ : مؤنة القسمة على المتقاسمين لاعلى خصوص طالب القسمة
كما عن أبي حنيفة واحد وجهى الشافعية واستدل للاول بشأن العمل المحترم قد وقع لهم اجمع فيستحق عوضه مالم يقصد التبرع به .

والظاهر انه لاخلاف بينهم في ان اجرة القسام اذا استاجروه في عقد واحد باجرة معينة و لم يعينوا نصيب كل واحد منهم من الاجرة وكذا لو لم يقدروا اجرة، بالحصص لبالسوية بل هو المنقول عن أبي حنيفة والشافعي ومالك .

اقول هذا فيما اذا زاد العمل بزيادة الحصص واضح وأما في غيره فان تم اجماع او ما ذكره صاحب الجواهر من الوجه فهو والا فيمكن الذهاب الى توزيع الاجرة بمقدار العمل على الحصص .

(١) في احلاف الشريك كلام كثير للفقهاء فان شئت الاطلاع عليه لاحظ ص ٣٦١

الى ص ٣٦٤ ج ٤٠ من الجواهر والاصح ما اختاره الاستاذ هنا .

ثم الظاهر عدم الفرق في ذلك بين اجرة القسام وسائر مثنونات القسمة نعم اذا فرض تعلق الضريبة الحكومية على الرأس دون الحصص يراعى الرأسوس .
مسألة ١٤٢ : اذا كان المال المشترك متساوي الاجزاء وصفا وقيمة كذوات الامثال مثل الحبوب والادهان ونظائرها يجبر الممتنع على القسمة ^(١) اذا طالبها شريكه بلا اشكال والظاهر انه لاختلاف فيه أيضاً لبناء العقلاء على وجوب اجابة الشريك في ذلك وليس اتفاق الفقهاء اجماعاً تعبد ياكما زعمه غير واحد فانه من اتفاق العقلاء . هذا اذا طالب قسمة الاعيان المشتركة ولو طالب قسمتها (وكانت اجناساً مختلفة) انواعاً بالقيمة ليخص كل شريك بنوع منها لم يجبر الممتنع عليها وكذا اذا طلب احدهما انفراده بسفل الدار او علوها مع امكان قسمة كليهما لكل منهما فلا يجبر المتنع وكذا اذا كانت القسمة ضرورية لم يجبر لقاعدة نفى الضرر .

مسألة ١٤٣ لو كان مال احدهما كثيراً ورديئاً ومال الاخر قليلاً وجيداً فعدلا السهام واقتسماه فان قلنا ان القسمة بيع او معاوضة لم تجز للربا مع شروطه وان قلنا انها تعاوض بين مال كل منهما في كل من الحصتين وان عنوانها التمييز بين الحقين فلا مانع منها لعدم جريان حكم الربا فيه .

الا ان يقال ان اطلاق الروايات الواردة في الربا يشمل المقام أيضاً وان قال صاحب الجواهر انه لاشكال في صحة القسمة عندنا ولكن متوقف فيها .

مسألة ١٤٤ : اذا كان المال المشترك متفاوت الاجزاء كالاشجار والظروف والجواهر ونحوها فان امكن قسمتها بكسرها وتجزئتها من دون ضرر وجب الاجابة لطالب القسمة ويجبر الممتنع عليها لما مر وان استلزم كسرها ضرراً كما هو الغالب يعدل السهام بالقيمة كما اذا فرض جنساً يسوى الفأ وجنسين

(١) تسمى هذه القسمة بقسمة افراز .

يسوى كل واحد منهما خمسمائة فيأخذ أحدهما الاول وثانيهما الاخرين ولو بالقرعة^(١) وقيل لايجبر الممتنع عليها اصلاً وقيل بالتفصيل بين ما يعد شيئاً واحداً كالارض فيدخل فيه الاجبار وبين ما لا يعد شيئاً واحداً كالسيارة والدار فلا يدخل فيه الاجبار وما قلنا هو الصحيح .

مسألة ١٤٥ : لولم يمكن التعديل الا بالرد كما اذا فرض قيمة الجنس في مفروض المسئلة السابقة بألف وعشرين فيجب على آخذه رد العشرة الى شريكه^(٢) ففي مثل هذه القسمة هل يجبر الممتنع اولاً ؟ قيل لاخلاف ولااشكال في عدم صحة القسمة ما لم يتراضيا معاً فإن الضميمة ليست من المال المشترك فلا تستقر الا بالتراضي ولاوجه للجبر عليها ، بل لعله كذلك عند العامة أيضاً .

بل ذهب بعضهم الى عدم لزومها مع التراضي والقرعة اذا لم يبق الرضا بعدها لانها تتضمن معاوضة ولايعلم كل واحد من يحصل له العوض فلا يتحقق رضا المعاوضة قبل القرعة .

وعلى الجملة ان قسمة الرد قسمة ويبيع فيعتبر فيه ما يعتبر في مطلق البيع وردبان ظاهر الجميع كون هذه القسمة فرداً من افراد القسمة وان كان لااجبار فيها لأنها قسمة ويبيع حتى ان من اعتبر الرضا بعد القرعة فانما يريد الرضا بها قسمة وهو غير الرضا المعتبر في انشاء المعاوضات المعلومة وكأنه اشتبه عليهم العوض بالمعاوضة المصطلحة .

أقول: وعليه فالظاهر لزوم القسمة بالقرعة وعدم جواز الامتناع من أحدهما. ثم الاظهر اجبار الممتنع على القسمة هنا أيضاً كالقسمين الاولين لعموم بناء العقلاء كما يظهر من سيدنا الاستاذ أيضاً وهو صريح بعض لكن ذهاب المشهور الى

(١) هذه القسمة تسمى بقسمة تعديل .

(٢) هذه القسمة تسمى بقسمة الرد وهي فرد من قسمة التعديل .

خلافه مع انهم من كاملي العقلاء يثبطنا عن الجزم ، فليس في المقام اطلاق او عموم لفظي لم تلتفت الى مخالفة المشهور اعتماداً عليه. الا ان يقال ان منعه من الاجبار ليس لاجل عدم احراز بناء العقلاء وعدم المقتضى له بل لعله لوجود مانع عندهم مثل ان الرد بيع ولا اجبار فيه ونحو ذلك فاذا لم نقبل تلك الموانع نبني على البناء المذكور فلا حظ وتأمل وعلى كل الاحوط للممتنع اجابة شريكه في طلبه القسمة .

مسألة ١٤٦ : لو كان المال المشترك بين شخصين غير قابل للقسمة خارجاً وطلب احدهما القسمة ولم يتراضيا على ان يتقبله احدهما ويعطى الآخر حصته من القيمة اجبرا البيع وقسم الثمن بينهما وكذا اذا كان قابلاً للقسمة ولم يتمكن واحد منهما على الرد كل ذلك لبناء العقلاء ولكن يظهر من صاحب الجواهر المفروغية من عدم الاجبار عليه ^(١) ولم اعلم له وجه مقنع فتأمل فانه اولى بالمنع من المسألة السابقة .

مسألة ١٤٧ : اذا كانت القسمة ضرورية على كليهما أو على أحدهما فلا يجبر الممتنع لقاعدة لا ضرر نعم اذا رضيا أو رضي المتضرر صحت لتسلط الناس على أموالهم لكن اذا كان الضرر بالغاً حد الاسراف لم تجز لحرمته لكنها تكليفية وان بلغ الى الخروج عن التمويل قيل اشكل جوابه الى ذلك لانه سفه .

مسألة ١٤٨ : في اللعنة وشرحها : لو طلب أحدهما المهاباة وهي قسمة المنفعة بالاجزاء والزمان جاز ولم تجب اجابته . . وعلى تقدير الاجابة لا يلزم الوفاء بها بل يجوز لكل منهما فسخها فلو استوفى أحدهما ففسخ الآخر أو هو كان عليه أجرة حصة الشريك .

مسألة ١٤٩ : اذا كان في القسمة ضرر على أحدهما وفي عدمها على ثانيهما

يمكن الرجوع الى الترجيح بأكثرية الضرر ومع التساوي الى القرعة . هذا كله اذا كان الشركة بفعلهما أو بفعل غيرهما واما اذا كان بفعل أحدهما فلا بد له من تحمل الضرر مقدّمة لتخليص مال الغير ولا يجري في حق مثله قاعدة نفي الضرر فلاحظ وتأمل .

مسألة ١٥٠ : اذا ظهر بعض المال مستحقاً للغير بعد القسمة فان كان في حصة أحدهما دون الآخر بطلت القسمة بلاخلاف ولا اشكال لزوال التساوي في الحصتين وان كان في حصتهما معاً فان كانت النسبة متساوية صحت القسمة لعدم موجب لفسادها الا اذا أحدث ضرراً في حصة أحدهما خاصة مثل أن يسد طريقه مثلاً أو كان الغير ممن يعتبر رضاه في القسمة كما اذا كان أحد الشركاء ولم يعلم به فان القسمة باطلة لعدم حصولها برضى جميع الشركاء وان لم تكن النسبة متساوية بطلت لعدم التساوي في الحصتين وكذا اذا ظهر في حصة أحدهما عيب . وقيل من دون فرق بين ان يكونا عالمين بالاستحقاق أو جاهلين أو أحدهما جاهل دون الآخر ، فان القسمة مع العلم بالاستحقاق المبطل للتعديل لاتدل على انتقال نصيب أحدهما أو شيء منه الى الآخر انتقالاً لازماً .

مسألة ١٥١ : اذا قسم الورثة تركة الميت بينهم ثم ظهر دين على الميت فان أدى الورثة دينه أو ابراء الدائن أو تبرع به متبرع صحت القسمة لان التركة لهم بلاخلاف والا فان قلنا ببقاء ملك الميت بمقدار الدين أو الوصية بطلت القسمة لاشتراك التركة بينه وبين الورثة في فرض عدم استيعاب الدين والا فهي كلها ملك للميت أو بحكم ملكه وان قلنا بانتقال التركة حتى مع الدين المستوعب الى الورثة وملكيته كما بنى عليه صاحب الجواهر في كتاب الشركة وغيرها^(١) فالقسمة صحيحة وان بيع نصيب الممتنع منهم من وفائه .

(١) لاحظ ص ٣٣٨ الى ص ٣٥٢ ج ١ من قضاء الميرزا حبيب الله الرشدي قدس سره .

ثم ان الوصية اما بالعين الخارجية فهي تدخل في المسألة السابقة بلا اشكال
واما على الذمة كما اذا قال اعطوا زيداً سيارة وليس في أمواله سيارة واما
على النحو الكلي في العين كما اذا قال أعطوه سدس أموالي فهي داخلة في ما
نحن فيه .

واما ان قال اجعلوه كأحدكم فهل هو داخل في المسألة السابقة أو فيما
نحن فيه؟ فيه وجهان والاقترب بطلان القسمة رأساً بدون رضى الموصي اليه في
هذا الفرض .

مسألة ١٥٢: قال في محكى القواعد: القسمة لازمة ليس لاحد المتقاسمين
فسخها الا مع الاتفاق عليها . وأورد عليه بأن التسلط ليس مشرعاً حتى يتحقق
القسمة من دون امتزاج أو اختلاط كما لا يتحقق بدونه من دون سبق شركة وابتداء،
أقول: الظاهر عدم فسخ القسمة اللازمة والرجوع الى الشركة السابقة بمجرد
الاتفاق كعدم حصول الشركة ابتداءً بمجرد الاتفاق وبدون سببها ، واما في
القسمة غير اللازمة فالظاهر عود الشركة السابقة بالتوافق .

مسألة ١٥٣: نقل عن العلامة وغيره عدم جواز قسمة الدين ولومع التراضي
فما يحصل منه فهو بينهما وما يتوى فهو عليهما ، ويدل عليه روايات :
منها رواية عبد الله بن سنان سئل الصادق عليه السلام عن رجلين بينهما مال، منه دين
ومنه عين فاقسما العين والدين ، فتوى الذي كان لاحدهما من الدين أو بعضه
وخرج الذي للآخر أبرد على صاحبه ؟ قال : نعم ما يذهب بماله ^(١).

ومنها صحيحة غياث عن الصادق عن أبيه عن أمير المؤمنين عليه السلام عن رجلين
بينهما مال منه بايديهما ، ومنه غائب عنهما فاقسما الذي بايديهما ، واحال كل
واحد منهما من نصيبه الغائب فاقتضى احدهما ولم يقتض الآخر، قال ما اقتضى

احدهما فهو بينهما وما يذهب بينهما ^(١) .

ومنها صحيحة سليمان بن خالد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بايديهما ومنه متفرق عنهما فاقسما بالسوية ما كان في ايديهما، وما كان غائباً فهل لك نصيب احدهما مما كان غائباً واستوفى الآخر، عليه ان يرد على صاحبه ؟ قال : نعم ما يذهب بماله ^(٢) .

وفي صحيح علي عن أخيه الكاظم عليه السلام قال سألته عن رجلين اشتركا في السلم أياصلح لهما ان يقتصما قبل ان يقبضا ؟ قال : لأبأس به ^(٣) .

أقول رواية بن سنان لاجل محمد بن زياد بن عيسى غير قوية سنداً لكن المتوسطين تفصيلتان بين المال الحاضر والغائب واطلاقهما يدل على فتوى العلامة ومدلولتهما بطلان القسمة مطلقاً اذا وجد النقص في نصيب احدهما بعد القسمة في العين والدين فضلاهما اذا ظهر وتبين ولا ادري رأي الاصحاب فيه ، لكن لا عذر في ترك العمل بهما، وأما الاخيرة فهي تدل على مجرد صحة القسمة قبل القبض ولا نظارة لها الى فرض طروء النقص أو ظهوره بعدها كما لا يخفى فلا حظ .

(١) ص ١٧٩ و ص ١٥٩ المصدر .

(٢) ص ١١٦ المصدر .

(٣) ص ١١٧ المصدر .

القول فى القرعة

مسألة ١٥٤ : استدلل على ثبوت القرعة بالادلة الاربعة :

فمن القرآن قوله تعالى : اذ يلقون اقلامهم أيهم يكفل مريم (آل عمران ٤٤)
وقوله تعالى فساهم فكان من المدحضين (الصافات ١٤١)

أقول : الآية الاولى وان دلت على مشروعيتها اذ من الملقين زكريا عليه السلام
لكن سحبها فى الشريعة الاسلامية فاقد للدليل كما تقرر فى محله، والآية الثانية
لاتدل على اصل المشروعية فى ذلك الدين أيضاً لان المحتمل ولو بقرينة صحيح
جميل المذكور فى تفسير البرهان ان فاعل المساهمة هم أهل السفينة ولاحجية
فى فعلهم والحكاية لاتدل على الامضاء الا بمعونة بعض الروايات الاتية فىكون
الاستدلال بها لكن ظاهر الآية ان فاعل المساهمة هو يونس (ع).

وأما الاجماع المدعى ففيه انه مستند الى الروايات فلا يكون تعديدا جزما.

وأما العقل ففسر بعضهم ببناء العقلاء على استعمالها فى موارد الجهل
والاشكال ولكن ثبوته بنحو يكون عدم ردع الشارع عنه امضاء محل تأمل بل
منع .

فالعمدة هي الروايات^(١) المعتبرة سنداً اذ لا عبرة بالضعاف ولا يعتمد عليها في استنباط الاحكام الشرعية وهي على قسمين خامة وعامة ، وأما الخاصة فاليك اكثرها :

الف صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام : اذا وقع الحر والعبد والمشرک على امرأة في طهر واحد وادعوا الولد اقرع بينهم وكان للذي يقرع^(٢) .
مورد القرعة في هذه الرواية من الموضوعات الخارجية التي لها واقع مجهول ولولا القرعة لم يكن للقاضي طريق الى قطع النزاع من اماراة او اصل وغاية الامر تخييره في الحاق الولد باحدهم في فرض حلف الجميع او نكولهم وهو ليس من الاصول العملية^(٣) .

فالقرعة نفت احتماله ونفت الحاق الولد بالمحالف الواحد في فرض نكول غيره لو فرض للحلف وجه معقول .

(ب) ومثله صحيح أبي بصير عن الباقر عليه السلام ... فقال (علي عليه السلام) يا رسول الله اتاني قوم قد تبايعوا جارية فوطأها جميعهم في طهر واحد ، فولدت غلاماً فاحتجوا فيه كلهم يدعيه فاسهمت بينهم فجعلته للذي خرج سهمه وضمنته نصيبهم

(١) ادعى بعضهم تواترها .

(٢) ص ١٨٧ ج ١٨ الوسائل لكن اذا قدر الطب الحديث على تشخيص اب الولد بمعائنة دمهما وغير ذلك لاتصل النوبة الى القرعة .

(٣) بناء على تفسير التخيير الذي هو من الاصول العملية بدوران الامر بين الوجوب والحرمة . واعلم ان التخيير أما تعبدى يثبت بكلمة أو ونحوها كصل او تصدق واما عقلى كالتخيير في ايجاد الطبيعة في ضمن افرادها الطولية والعرضية كالتخيير في دوران الابين المحذورين .

فقال رسول الله ﷺ ليس من قوم تقارعوا...^(١) ولا مجال للحلف فيه لتحقيق وطء الجميع في طهر واحد ومعه لاسبيل لتعلق علمهم بكون النطفة منه .
ثم ان الصحيح الاول^(٢) ظاهر في ان ولد الزنا ولد كولد النكاح اذ لو كان كالاجنبي لم يكن للقرعة مورد ولا ثمرة له فوجوب النفقة والمحرمية وحرمة الزواج ونحو ذلك ثابتة لمطلق من يتولد من الشخص، وهو ولد لغة وعرفاً بل وشرعاً بهذه الرواية وامثالها ونفي بعض الاثار كالارث من ولد الزنا لا يوجب نفي وليته كما توهم كيف ولا اظن باحد ان يجوز تزويج انثى متولدة من رجل زنى بامها، بدعوى انها ليست ببنته بل هي اجنبية وكذا تزويج الام الزانية بابنها^(٣) .

وعلى كل مورد القرعة في هذين الصحيحين هي صورة التنازع فيكون الاقراع من وظيفة القاضي لامحالة وهذا بخلاف الروايات الاربع الآتية اذ لم يفرض فيها النزاع فالاقراع وظيفة المكلف نفسه كالمالك والوصى .
(ج) صحيح ابراهيم عن الصادق عليه السلام في رجل قال اول مملوك املكه فهو حر فورث ثلاثة، قال يقرع بينهم فمن اصابه القرعة اعتق، قال والقرعة سنة^(٤) .

(١) ص ١٨٨ ج ١٨ الوسائل .

(٢) لان الصحيح الثاني قضية في واقعة فلعل الوطء فيها وطء شبهة.

(٣) وفي الشرائع والجواهر ان ولد الزنا لا يلحق بالزاني بل بزوجه ان كان لها زوج، وحمل الروايات على الوطء بشبهة وفيها : فمذهبنا الرجوع الى القرعة سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين او عبيدين او حريين او مختلفين في الاسلام والكفر والحرية والرق او ابا او ابنه . ثم قال : ولو علم سبق احدهما على الاخر في الوطء ففى الحاقه بالآخر أو بالقرعة أيضاً بحث مر في كتاب النكاح كما مر البحث في حكم وطء الثاني بعد تخلل الحيضة بينه وبين وطء الاول ... ص ٥١٦ وص ٥١٧ ج ٤٠ من الجواهر .

(٤) ص ١٨٧ ج ١٨

(د) ومثله صحيح الحلبي : لكن فيه : فورث سبعة جميعاً^(١).

(هـ) صحيح محمد بن مسلم قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل يكون له

المملوك فيوصى بعق ثلثهم قال : كان علي عليه السلام يسهم بينهم^(٢).

(و) ومثله صحيحه الآخر عن الصادق عليه السلام أو هو هو^(٣).

مورد القرعة في هذه الروايات الأربع موضوع خارجي لا واقع له فماعن

بعض الفقهاء من تخصيصها بماله واقع مجهول غير قوي سيما بملاحظة قوله عليه السلام في صحيح ابراهيم القرعة سنة .

ثم انه لولا القرعة لحكم العقل في فرض الوصية-مورد الخبرين الاخيرين-

بالنخير كحكمه به في افراد كل كلى. فهي لاتنافي الاصول العملية بل استفادة وجوب القرعة منهما ونفى تخيير الوصى مشكل لان العمل لايدل على اللزوم والحصص .

وفي مورد النذر لزم الرجوع الى قصد الناذر فان كان مراده الواحد بشرط

اللا لم يجب عليه العتق في مفروض السؤال لتملكه أكثر من واحد وان كان

مراده الواحد اللابشرط ليكون مراده من نذره عتق المملوك في التملك الاول

كما هو المستفاد من جواب الامام في الخبرين^(٤) فهو مخير في عتق ايهم شاء

تخييراً عقلياً مطرداً في جميع الكليات بايجادها في ضمن اي فرد شاء المكلف.

(ز) الروايات المتعددة الدالة على اقراع الحاكم في تعيين من يحلف حتى

(١) ص ١٩٠ ج ١٨ الوسائل

(٢) ص ١٩١ المصدر .

(٣) ص ١٨٨ المصدر .

(٤) ويحتمل غفلة الناذر عن الحالتين وبناء الامام على الوجه الثاني للظهور العرفي

وتغليبا لجانب العتق فلا حظ .

يقضى له في فرض تعارض البيتين اللتين اقامهما المتنازعان وننقل هنا احديهما وهي صحيحة عبد الرحمن عليه السلام عن الصادق قال : كان علي عليه السلام اذا اتاه رجلان (يختصمان) بشهود عدلهم سواء وعددهم اقرع بينهم على ايهما تصير اليمين... ثم يجعل الحق للذي يصير عليه اليمين اذا حلف ^(١).

ولولا القرعة احتمل تقسيم المدعى به بناء على قاعدة العدل والانصاف وسيأتي مزيد بحث فيه .

(ح) في صحيح حريز عن احدهما عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام باليمين في قوم انهدمت عليهم دار لهم فبقى صبيان احدهما مملوك والاخر حرفاً سهم بينهما فخرج السهم على احدهما فجعل المال له واعتق الاخر .

هكذا في الجزء السابع عشر من الوسائل في كتاب الميراث ص ٥٩٢ ولكن في الجزء الثامن عشر في كتاب القضاء ص ١٨٩: عن حريز عن أخبره عن أبي عبد الله فيكون الخبر ضعيفاً مرسلًا .

ويظهر من محشى الوسائل ان الاول منقول من ص ٣٦٢ ج ٩ تهذيب الاحكام والثاني منقول من ص ٢٣٩ ج ٦ منه وفي صحيح حماد عن الحسين بن المختار عن الصادق في مثل القضية: ليس كذلك ولكن يقرع بينهما فمن اصابته القرعة فهو الحر ويعتق هذا فيجعل مولى له ^(٢) .

لكن في موضع اخر من الوسائل ^(٣): عن حماد عن المختار فتصبح الرواية مجهولة ولكن لا يبعد اشتباه الاخير الان في الحسين بن المختار كلا ما ذكرناه في كتابنا فوايد رجالية (بحوث في علم الرجال) .

(١) ص ١٨٣ ج ١٨ الوسائل .

(٢) ص ٥٩٣ ج ١٧ .

(٣) ص ١٨٨ ج ١٨ .

وفي رواية ابن مسلم عن أحدهما عليه السلام : يسهم عليهما ثلاثاً ولأءا يعني ثلاث مرات فايهما اصابه السهم ورث من الآخر ^(١) لكن في السند الحسن بن ايوب وهو مجهول .

(ط) صحيح الفضيل بن يسار قال سألت أبا عبدالله عن مولود ليس له ما للرجال ولأله ما للنساء قال يقرع عليه الامام او المقرع يكتب على سهم عبدالله وعلى سهم امة الله .. ثم تجال السهام على ما خرج ورث عليه ^(٢) ومثله غيره . وهذا هو المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة ، بل عن السرائر وظاهر الغنية والتنفيع الاجماع عليه ^(٣) .

(ي) صحيح محمد بن عيسى عن الرجل عليه السلام انه سئل عن رجل نظر الى راع نزا على شاة ، قال : ان عرفها ذبحها واوحرقها ، وان لم يعرفها قسمها نصفين أبداً حتى يقع السهم بها فتذبح وتحرق وقد نجت سائرهما ^(٤) .

مورد القرعة الشبهة المقرونة بالعلم الاجمالي الموجب للاحتياط لولا الرواية ولا يصح التعدي عنه الى سائر موارد العلم الاجمالي جزماً وان عسر الاحتياط او كان ضرورياً كما اذا علم بنجاسة احد الظروف العشرة التي فيها مبيعات غالبية القيمة حسب الرأي السائد الفقهي ، رغم صحة جريان نفي الضرر فيه . لكن الفقهاء لم يقولوا فيها بالقرعة ولم ينفوا وجوب الاحتياط في موارد الضرر بالضرر واما الاخبار العامة فاليك ما وقفت عليه عاجلاً .

١ - ما تقدم من ذيل صحيح الحلبي السابق عن الصادق عليه السلام : والقرعة سنة . هذه الرواية تثبت مشروعية القرعة في ماله واقع مجهول في فرض التنازع

(١) ص ٥٩٣ ج ١٧ الوسائل .

(٢) ص ٥٨٠ ج ١٧ .

(٣) ص ٢٩٥ ج ٣٩ الجواهر .

(٤) ص ٤٣٦ ج ١٦ .

أو مطلقاً .

٢ - صحيح زرارة ... انما جاء الحديث بأنه ليس من قوم فوضوا امرهم الى الله ثم اقترحوا الاخرج سهم المحق ^(١) .

٣ - قول رسول الله ﷺ في صحيح أبي بصير السابق عن الباقر عليه السلام من قوم تقارعوا ثم فوضوا امرهم الى الله الاخرج سهم المحق .

٤ - ما رواه الصدوق باسناده عن محمد بن حكيم قال سألت أبا الحسن عن شيء فقال لي : كل مجهول ففيه القرعة . قلت له ان القرعة تخطيء وتصيب قال : كل ما حكم الله به فليس بمخطيء ^(٢) .

أقول : الاسناد صحيح ومحمد بن حكيم يمكن اثبات حسنه ببعض الروايات المعتمدة فتدبر . وقال الشهيد (ره) فى القواعد والفوائد ^(٣) : ثبت عندنا قولهم عليهم السلام : كل امر مجهول فيه القرعة . اقول وهذا يؤيد هذا الحديث الا ان يفرض ان نظر الشهيد في قوله هذا الى مجموع الروايات والمستفاد منها لكنه خلاف الظاهر وان كان مناسباً للاعتبار .

٥ - صحيح منصور بن حازم قال سأل بعض اصحابنا أبا عبد الله عليه السلام عن مسألة ، فقال هذه تخرج في القرعة ثم قال : فأى قضية اعدل من القرعة اذا فوضوا امرهم الى الله عز وجل أليس الله يقول : فساهم فكان من المدحضين ^(٤) قيل ان القرعة . في مورد الالية كان لها واقع ، فان لحوت انما كان يطلب خصوص يونس عليه السلام فلا تعم الرواية ما ليس له واقع ، ولكن السيد الاستاذ دفعه بان ذلك لم يكن معلوما لاهل السفينة

(١) ص ١٨٨ ج ١٨ الوسائل .

(٢) ص ١٨٩ ج ١٨ .

(٣) ص ١٨٣ ج ٢ الطبعة الجديدة بقم فى القاعدة (٢١٣) .

(٤) ص ١٩١ ج ١٨ .

والا اخذوا يونس والقوه في البحر بلا قرعة ، نعم ان أهل السفينة اعتقدوا ان الحوت انما يطلب شخصاً لابعينه فاقترعوا بينهم لتعيين من يختاروا فالقرعة انما كانت لتعيين ما ليس له واقع والامام استدل بالاية المباركة على مشروعية القرعة في مثل هذا المورد .

أقول : ما افاده مخالف لصحيح جميل عن الصادق عليه السلام فيه ... فلما توسطوا البحر بعث الله حوتاً عظيماً فحبس عليهم السفينة من قدامها فنظر اليه يونس ففرغ منه وصار الى مؤخر السفينة فدار الحوت اليه وفتح فاه فخرج أهل السفينة فقالوا فينا عاص فتساهموا فخرج لهم يونس ... ^(١) .

والحق ان الرواية مطلقة والاستشهاد بالاية في ذيلها لا يكون قرينة على تخصيصها بماله واقع مجهول فانه لمجرد بيان المشروعية ظاهراً .

٦ - صحيح بن مسكان عن اسحق العزمي (المرادي) الذي لم يثبت حسنه في الرجال عن الصادق عليه السلام : وأي قضية اعدل من قضية يجال عليها السهام ان الله تبارك وتعالى يقول فساهم فكان من المدحضين ^(٢) .

وقريب منه صحيح ثعلبة عن بعض اصحابنا عنه عليه السلام ورواية بن مسكان ^(٣) .
مسألة ١٥٥ : الظاهر جواز التعدي من الروايات الخاصة الى خصوص اختيار الفرد من بين أفراد الكلي المعلوم حكمه لعدم احتمال خصوصية في الموارد المنصوصة حسب بناء العقلاء ومتفاهم العرف والامر سهل بعد وجود الغمومات ، نعم لا يمكن التعدي الى ترجيح احدي الحجتين المتعارضتين

(١) ص ٣٥ و ص ٣٦ ج ٤ تفسير البرهان .

(٢) ص ٥٧٩ ج ١٧ الوسائل .

(٣) ص ٥٨٠ و ص ٥٨١ ج ١٧ .

على الاخرى بالاقراع ولا بد من الاقتصار على مورد النص كما سيأتي تفصيله في المباحث الآتية .

مسألة ١٥٦: كما تجرى القرعة فيما له واقع مجهول تجري فيما ليس له واقع لاطلاق صحاح زرارة وأبي بصير ومنصور. ويؤيده أو يدل عليه بعض الروايات الخاصة المتقدمة الواردة في خصوص ما لم يكن له واقع . وكما تجري في التنازع تجري في غيره للاطلاق .

مسألة ١٥٧ : يظهر من صاحب الجواهر في بعض الفروع ^(١) ان محل القرعة انما هو فيما يقتضي انحصار الحق في أهل النزاع والتخاصم كي يستخرج بالقرعة وأما اذا احتل كونه لغيرهم فلا محل لها. فاذا تنازعا في مال ليس لواحد منهما يد عليه أو هو في يد ثالث يدعيه جهله به ويقول لأدري لمن هو ولا بينة لأحدهما، يحكم بالتنصيف بحلفهما ولا مجال للقرعة لاحتمال كون المدعى به لغيرهما. ولكن ذهب جمع الى القرعة فيه أما لاجل عدم اعتبار هذا الشرط أو كفاية مجرد الدعوى أو مع الحلف لاثباته .

قلت: الروايات الخاصة كلها وردت في مورد انحصار الحق فيمن يقرع لهم أو عليهم ولادلالة للروايات العامة على أزيد منها ظاهراً فاعتبار هذا الشرط حسن ومجرد دعواهما الملكية لا تكفي لاثبات الانحصار عند الحاكم واثباته بالحلف المتقدم على القرعة أو المتأخر عنها محل نظر أو منع .

مسألة ١٥٨ : المستفاد من جملة (ثم فوضوا أمرهم الى الله) اعتبار رضى المتنازعين بها لكن الاظهر عدمه كما يظهر من رواية حريز بل المعتبر تفويض المقرع أو المقرعين أمرهم الى الله سبحانه وتعالى .

مسألة ١٥٩ : ظاهر الروايات ان القرعة تكشف عن الواقع وسبب حجيتها

هي كشفيتها فتكون امارة ودليلا لا أصلا عملياً .

نعم لابد من توجيه مافي آخر رواية ابن الحكيم وتأويله ضرورة ان القرعة غير مفيدة للقطع بالواقع ولعل المراد نفى الخطأ في جعلها حجة وان الله لا يأمر بشيء فاقد للمصلحة وان شئت فقل انه نفى خطأ نوعي. وعليه فاذا تبين الواقع بعد القرعة بالعلم يعمل به وترك القرعة حتى على قول المصوبة لبطلان التصويب في الموضوعات فافهم، وكذا اذا قامت البيئة على خلافها فانها تجعل المجهول معلوماً وتبين المحق فلامعنى لبقاء تفويض الامر اليه تعالى بالقرعة بل يفوض الامر اليه بقبول البيئة فلاحظ .

مسألة ١٦٠: استظهر الشيخ الانصاري (قده) من الاخبار السابقة أعميتها من جميع أدلة الاستصحاب فلا بد من تخصيصها بها ^(١) نعم هي واردة على اصالة التخيير واصالتي الاحتياط والاباحة - اذا كان مدركهما العقل، وان كان مدركهما تعبداً لشارع بهما في مواردتهما فدليل القرعة حاكم عليهما لكن ذكر في محله أن أدلة القرعة لا يعمل بها حتى جبر عمومها بعمل الاصحاب أو جماعة منهم .

ويقول الفقيه الهمداني في حاشيته على المقام: القرعة لاتعارض شيئاً من الادلة والاصول الجارية في الاحكام والموضوعات بل الظاهر اختصاص مواردها بالشبهات الموضوعية التي لم يثبت لتشخيص حكمها طريق شرعي أو أصل تعبدى لان القرعة انما هي لكل أمر مشكل ^(٢) والمتبادر من كونه مشكلا كونه

(١) لافرق في ذلك بين كونها امارة أو أصلا اذ لولا التخصيص لبطل الاستصحاب من رأسه .

(٢) ومما سبق تعرف عدم ثبوت عنوان المشكل والمشتبه في الروايات المعتبرة بل عنوان المجهول هو المأخوذ في رواية ابن الحكيم .

على وجه يتخيّر المكلف في تشخيص حكمه في مقام العمل ومع وجود طريق شرعي (ولو تعبدى) يرتفع الاشكال، ولا يقال عليه انه أمر مشكل^(١) ولذا نفينا جريانها في الاحكام الكلية، اذ ليس في الشريعة حكم شرعي لا يمكن استفادته من الادلة الشرعية ولو في مرحلة الظاهر ...

نعم أدلتها بحسب الظاهر تعمّ مورد التخيير لو كان مدركه منحصراً في العقل ولكنّ التعميم بحسب الظاهر خلاف الاجماع اذ الظاهر عدم القول بجواز تعيين الحكم الشرعي بالقرعة .

وقال أيضاً : ولو اغمض عن ذلك وقيل بان ظاهر اخبارها لدي الجهل بحكم شيء مطلقاً فاجبارها بظاهرها اعم مطلقاً من ادلة ساير الاصول أيضاً كالاستصحاب ، فمقتضى القاعدة انه ان امكن تخصيصها بالجميع تعين والا بان استوعب التخصيص أو استلزم تخصيص الاكثر المستهجن وقعت المعارضة بينها وبين ادلة ساير الاصول ... وقيل غير ذلك^(٢).

أقول: المتيقن من روايات القرعة العامة هو حجية القرعة في الموضوعات الخارجية التي لا تجرى فيها احد الاصول العملية^(٣) كتشخيص فرد أو فردين أو أكثر من الافراد المنطبق عليها الطبيعي كما مرّ نظيره في بعض الروايات الخاصة ، وذلك لعدم جريان بناء الاصحاب على العمل بها مطلقاً ، فاذا علم ان لاحد من خمسة اشخاص عليه دين فلا يجوز الرجوع في تعيين الدائن الى القرعة

(١) يعنى ان أدلة الاصول والامارات حاكمة عليها كما صرح به فيما بعد من كلامه .

(٢) لاحظ ص ٥١ ج ١ القواعد الفقهية .

(٣) لاحظ ص ٢٣ ج ٢ القواعد والفوائد للشهيد (ره) حيث ذكر جملة من موارد

لاستصحاب بقاء الحق على ذمته بعد الدفع الى واحد منهم فتأمل وكذا اذا ترددت زوجة احديين المرأتين أو ترددت زوجته بين رجلين ونحو ذلك .

مسألة ١٦١ : اذا قرع بين واجبات موسعة أو مخيرة أو بين مستحبات فلا اظن بهم ينتون بوجوب ماتعين بالقرعة تعييناً أو فوراً وكذا اذا قرع جماعة في اتيان خدمة تنفعهم كاشتراء الطعام من محل بعيد في ساعة حارة أو باردة مثلاً فلا يظن باحد يوجب العمل على من خرج السهم بأسمه .

بل يمكن القول بعدم لزوم العمل على وفقها في مورد الرواية الثالثة والرابعة والخامسة من الروايات الخاصة وبقاء التخيير حتى بعد القرعة .

نعم المتيقن من لزوم الالتزام بها هو فرض التنازع والتحاكم اوقام الدليل بخصوصه عليه كما في مورد الرواية التاسعة والعاشرة المتقدمتين وفي جواز اعادة القرعة فيهما اشكال . وتنقيح المقام محتاج الى مزيد تأمل .

مسألة ١٦٢ : ليس للقرعة كيفية معينة بل هي موكولة الى العرف وما في بعض الروايات من الدعاء المخصوص يحمل على الافضل .

مسألة ١٦٣ : القرعة قد تكون لاحزاز واقع خارجي كما في مورد الرواية الثامنة والتاسعة والعاشرة وقد تكون لاحداث الفعل على وجه دون وجه كما في مورد جملة من الروايات السابقة وقد تكون لترجيح الفعل على الترك أو الترك على الفعل كما في الاستخارة المتعارفة هذا، ونقل عن المقدس الاردبيلي (ره) انه فهم تحريم الاستخارة المشهورة من قوله تعالى : وان تستقسموا بالازلام ذلكم فسق .

أقول: الخيرة المعروفة انما هو لمعرفة رجحان الفعل على الشرك واين هي من طلب القسمة بالازلام - السهام التي لاريش عليها - والظاهر ان المراد هو طلب قسمة اجزاء لحوم الحيوان بوسيلة السهام على نحو القمار فهذه كما

لا ترجع الى الخيرة المعروفة لاتدخل في مطلق القرعة أيضاً اذ مورد القرعة الجهل وهنا ملكية اللاعبين للحوم الحيوان معلومة وانما يضربون بالازلام لاختد حق الاخرين .

نعم في سورة المائدة آية اخرى ربما تدل على حرمة القرعة في الجملة أو مطلقها بشمول الخيرة المصطلحة وهي قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون (المائدة ٩٠) .

فالمأمور بالاجتناب هو العمل بالازلام مطلقاً لا خصوص استقسام اللحوم بها وقد روى في التفاسير ان شبيها بالخيرة المصطلحة - المسماة بذات الرقاع - كان معروفاً عند الجاهلية فنهاهم القرآن عنه .

وبالجملة ظاهر الاية هو لزوم الاجتناب عن استعمال الازلام في التفلأ والتطير وبيان الحق وتعين المحق ونحو ذلك وان لم يصدق على متعلقه قماراً ولا ينبني الشك في عدم خصوصية للالزام فلا يدار الحكم مدارها بل الممنوع هو الافعال المذكورة بكل شيء ولو كان سبحة أو حجارة أو وريقة أو قرطاساً ونحو ذلك .

واجيب عنه بان الاية المتقدمة في أول هذه السورة: (وان تستقسموا بالازلام) ظاهرة في الاستقسام بالاقداح الذي هو نوع من القمار لوقوعه في ضمن محرمات الاكل ويتأيد به ان ذلك هو المراد بالازلام في هذه الاية .

لكنه ضعيف جداً اذ لا منافاة بين المنع عن فرد خاص لجهة ثم المنع عن كليه وعامه .

لا يقال القرآن نفسه شرع القرعة فكيف يمنعها بهذا الكلام؟ فانه يقال لم يدل القرآن على مشروعيتها في دين الاسلام فان عمل أهل السفينة في قصة يونس

عليه السلام لا يثبت مشروعيتهما في دينهم على وجه ضعيف فضلا عن ديننا وعمل المتخاصمين في تكفل مريم عليها السلام انما يثبت مشروعيتهما في دينهم فقط ولا دليل حتى من الاستصحاب انسحابها في هذه الشريعة .

واكثر شيء نقول ان الروايات المعتبرة دلت على مشروعية القرعة بل وجوبها في الجملة وروايات دلت على جواز الاستخارة المشهورة في الجملة^(١) فيقيد استعمالها الممنوع بموارد القمار وغيره جمعا .

(١) وشرطه ان يوجد رواية معتبرة سنداً بين الروايات الواردة في الخيرة .

القول

فى بقية أحكام المدعى والمنكر

مسألة ١٦٤ : مقتضى قاطعية التقسيم للشركة ومقتضى حصر المسند اليه المحلى باللام في المسند في قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ : البينة على المدعى واليمين على من ادعى عليه . ومقتضى دلالة الروايات اثبات امور اربعة :

١ - كل مدع عليه البينة .

٢ - كل مدعى عليه (منكر) عليه اليمين .

٣ - لا يمين للمدعى .

٤ - لا بينة للمنكر .

لكن لم تبق واحدة من هذه الكليات على عمومها واليك بعض التخصيصات والتقييدات .

(الف) أما الكلية الاولى فقد خصصت بما ذكره بعضهم واليك جملة منه :

الاول ادعاء الودعى رد الوديعة فانها يقبل من دون بينة وان انكره المالك

وفي الجواهر ^(١) : وكذا يصدق (اي كما يصدق في ادعاء التلف) لو ادعى

الرد الى المالك أو وكيله على المشهور ، بل عن جماعة الاجماع عليه ، بل

ارسلوه في غير المقام ارسال المسلمين وهو الحجة مضافاً الى كونه امينا والى غير ذلك مما سمعته في دعوى التلف، فما في القواعد وغيرها من النظر في غير محله نعم لا يقبل قوله في ذلك في الرد على الوارث لانه لم ياتمه . كما انه لو ادعى اذن المالك في دفعها الى غيره لا يسمع الا بالبينة .

الثاني ادعاء اهل الحرب انهم من الفرق الثلاثة التي تقبل الجزية منهم ، فانه يقبل منهم ولا يكلفون البينة ولم يجد فيه صاحب الجواهر خلافاً ولعله لكون الدين امراً قلبياً لا يعرف الا من قبل صاحبه بل قد تتعذر اقامة البينة عليه^(١).
الثالث ان الامين - سواء كانت الامانة شرعية أو مالكية - اذا ادعى التلف لما في يده ليس عليه البينة فيقبل قوله مع يمينه اذا ادعى عليه الاتلاف .
ورد بان الامين ليس بضامن الا اذا اتلف أو تعدى فلا بد للمالك من اثباتهما والامين منكر .

الرابع : ادعاء المالك ابدال المال الزكوى في اثناء الحول بغرض نفى تعلق الزكاة به فيقبل قوله بلا بينة قيل اجماعاً وكذا لا يحتاج الى البينة ان ادعى تعلق الزكاة بماله ولكن ادعى دفعها الى المستحق تمسكاً باطلاق صحيحة يريد ومعتبرة غياث^(٢) والله العالم .

الخامس ادعاء الذمي اسلامه قبل وقت الجزية للتخلص عنها .
السادس : ادعاء الحربي الذي نبت الشعر على عانته ان انباته بعلاج حتى لا يكون اماراة البلوغ فيقتل .
السابع : دعوى البلوغ لرفع الحجر وصحة المعاملات .

(١) ص ٢٣٥ ج ٢١ الجواهر .

(٢) ص ٨٨ الى ص ٩٠ ج ٦ الوسائل

الثامن: اذا ادعى المالك أن المال التالف قرض ويدعى القابض انه ودیعة يقدم قول المالك مع يمينه كما في موثقة اسحاق^(١).

التاسع اذا ادعى مالا ولا معارض له فانه يقضى له من دون بينة ويمين بلا خلاف اجدته فيه، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، لاصالة صحة قول المسلم وفعله بل كل مدع ولا معارض له كما في الجواهر .

وفي صحيح منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قلت عشرة كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه الف درهم فسأل بعضهم ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم لا وقال واحد منهم هو لي. فلمن هو؟ قال للذي ادعاه^(٢).

قال المحقق العراقي (قده) في كتاب قضائه ص ٨٦ :

ان ظاهر كلماتهم سماع الدعوى في كثير من المقامات يمينه، والظاهر ان ذلك ليس من جهة سماع اليمين من المدعى كى يستلزم تخصيص ادلة الوظائف ، بل عمدة الوجه ان قول المدعى في هذه المقامات بعد ما كان في نفسه حجة فصارت دعواه مقرونة بالحجة نظير دعوى ذي اليد ...

نعم يبقى الكلام في وجه سماع قولهم بعد الجزام بعدم كونها بمجموعها تحت كبرى واحدة .

بل هنا كبريات متعددة :

منها كبرى المدعى بلامعارض .

ومنها كبرى سماع قول ذي اليد .

ومنها كبرى سماع قول الامين فيما ثبت فيه امانته .

(١) ٢٣٢ ج ١٣ الوسائل .

(٢) ص ٢٠٠ ج ١٨ .

ومنها كبرى من ملك فيما هو راجع الى تحت سلطته .
ومنها دعوى ما لا يعلم الا من قبله .

ثم شرع في بيان هذه الكبريات الكلية فراجع كلامه ولاحظ ص ٣٢٣ منه
أيضاً وتأمل فيه ولاحظ ص ١٠٣ الى ص ١١٣ ج ٣ من القواعد الفقهية للعلامة
البجنوردي - ره - أيضاً .

ب وأما الكلية الثانية فقد قيدت بفرض عدم رد اليمين من جانب المنكر
على المدعى نعم لا يجب عليه الحلف اذا رده على المدعى وليس للمدعى
رده على المنكر مرة اخرى ، وكذا لا يجب على المدعى عليه اليمين اذا لم
يجزم بطلان الدعوى بل اظهر الشك فيه أو الظن وذلك لعدم جواز الحلف
عن غير جزم .

وأما الكلية الثالثة فقد خصصت أو قيدت بعدم رد اليمين عليه من قبل
المدعى عليه مع فقد البينة والا يجب عليه الحلف اذا اراد اثبات حقه . وكذا
اذا اقام شاهداً واحداً يجب عليه الحلف كذلك ، وكذا اذا كان دعواه على
الميت فلا يكفي البينة وحدها بل تضم اليها يمينه لثبوت اصل الحق على الاظهر
أو لاستظهار بقاء حقه عليه كما قيل . وفي دعوى المالك القرض على القابض
وهو يدعى الودیعة^(١) .

وأما الكلية الرابعة فتحمل على عدم الوجوب فلو اقام المنكر البينة يعتنى
بها لعموم حجية البينة مطلقاً ويستفاد من الروايات أيضاً .

وقيل بعدم قبولها منه فان التفصيل قاطع للشركة فليس على المنكر غير
اليمين واستدل له أيضاً بأن حصر المسند اليه في المسند يفيد حصر الاول في
الثاني كما اشرنا اليه أولاً .

(١) ص ١٣٩ و ص ٢٣٢ ج ١٣ الوسائل فيهما موثقان لاسحاق بن عمار .

لكن اجاب عنه المحقق القمي كما قيل بان التفصيل انما هو في الامر الواجب على المتخاصمين دون الكافي أقول العمدة في اثبات هذا الحمل هو الروايات الدالة على قبول بيئة المنكر ولاتعارضها رواية المنصور فانها ضعيفة سنداً^(١).

(١) ص ١٨١ الى ص ١٨٦ ج ١٨ الوسائل فلاحظ ص ١٨١ الى ص ١٨٨ قضاء المحقق الرشتي .

القول

فى احكام التوصل الى الحق

مسألة ١٦٥ : يجوز للمظلوم الانتقام من الظالم بقدر ظلمه ، فاذا سبه احد او لطمه او حبسه يوماً مثلاً جاز له سبه أو لطمه أو حبسه لقوله تعالى : والحرمان قصاص . فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم .

(البقرة ١٩٤)

ولقوله تعالى : وان عاقبتكم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين .

(النحل ١٢٦)

ولقول الكاظم عليه السلام في صحيح ابن الحجاج^(١) في رجلين يتسابان : البادي منهما أظلم وزره ووزر صاحبه عليه ما لم يعتذر الى المظلوم (ما ام يتعد المظلوم) بل يستفاد من القرآن حسن الانتقام ومدحه ، وان كان العفو احسن وأفضل ، قال الله تعالى : الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وذكروا الله كثيراً وانتصروا بعد ما ظلموا وسيعلم الذين ظلموا أي متقلب ينقلبون (آخر سورة الشعراء) وقال : والذين استجابوا لربهم ... والذين اذا اصابهم البغي هم ينتصرون وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفى واصلح فاجره على الله انه لا يحب الظالمين

(١) ص ٣٦٠ وص ٣٢٢ ج ٢ اصول الكافي وص ٦١٠ ج ١٨ الوسائل .

ولمن انتصر بعد ظلمه فاولئك ما عليهم من سبيل انما السبيل على الذين يظلمون
الناس ... (الشورى ٣٧ - ٤١)

مسألة ١٦٦: لا يجوز الانتصار والانتقام فيما يعلم بعدم رضا الشارع بوقوع
الفعل مطلقاً وبأي وجه كان كالزنا واللواط ومقدماتهما وكالمنع عن الصلاة
والحج وابطال الصوم ونحو ذلك فحفظ النفس وان كان اهم من العفة مثلاً لكن
يجوز الانتصار بقتل القاتل ويحرم اتيان الذكر اللائط والزنا بزوجة الزاني
ووجه الفرق ما قلنا وكذا لا يجوز الانتصار والتعاقب اذا استحلف المدعي المعتدي
فحلف لما مر .

مسألة ١٦٧: مقتضى اطلاق الادلة عدم توقف جواز الانتقام في العقوبة والمال
على اذن القاضي والحاكم فما عن المسالك وغيرها بل عن الكفاية لا عرف
فيه خلافاً من لزوم الرفع الى الحاكم ضعيف نعم لأبأس به في بعض الموارد:
فمنها منع الحكومة الاسلامية - اذا فرض وجودها - عن الانتصار والانتقام
في الجملة بدون اذن المسؤولين .

ومنها ما يشير الفتنة العظيمة والفساد واختلال النظم كما في القصاص في
غالب الموارد وللاحتياط في الدماء ومع القطع بالاستحقاق وعدم الفتنة جازت
المباشرة لقوله تعالى ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً ... والمهم في
المقام جواز القصاص مع فرض اثاره الفتنة وتداوم القتال وعدم النفع في
المراجعة الى الحاكم الشرعي لكونه مسلوب الاختيار فلا بد من بيان ضابطة في
ذلك .

ومنها ما اذا احتمل المنع الشرعي بملاحظة بعض الامور .

ومنها ما اذا أشتبه عين ماله بين اموال المتصرف سواء كان غير باذل او

باذلاً لكن لم يرض بالمصالحة فيرجع الى الحاكم حسماً لمادة النزاع .

مسألة ١٦٨ : يجوز اخذ عين المال من المتصرف غير المستحق ولو قهراً بنفسه أو بمساعدة ظالم^(١) أو صديق قادر وان استلزم ضرراً بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك وان ثارت الفتنة ما لم تصل الى حد وجوب الكف عن الحق له لترتب تلف الانفس والاموال العظيمة والفساد الذي يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك .

ولافرق في ذلك بين كون الاخذ عالماً أو جاهلاً بالمال اذا اخذه ابتداء ظلماً وعدواناً وذلك لاطلاق ما مر ولبناء العقلاء .

وكذا اذا انتقل المال الى المتصرف من الظالم وان لم يكن هو بنفسه ظالماً ، لكن كل ذلك اذا لم يتمكن من ماله بالترافع الى الحاكم والافلا يجوز ارتكاب ما هو حرام في حد نفسه .

وأما اذا انتقل المال اليه من مالكة اشتباها وجهلاً فلا اشكال في جواز أخذه ولو قهراً مع عدم شمول الايات المتقدمة لمثل الفرض لبناء العقلاء ولكن في جوازه حتى الاضرار بالقابض وتوهينه نظر ولعل الاشبه في فرض الضرورة الجواز للحصر في قوله تعالى : انما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبيغون في الارض بغير الحق . (الشورى ٤١)

ومن الواضح ان الظلم في المقام ليس بغير الحق بل لاجل الحق .

فان قلت المستفاد من الاية جواز الظلم بالحق دون الظلم لاجل الحق . قلت

نعم لكن الحق يوجب صيرورة الظلم بالحق .

فان قلت لازمه جواز الاضرار بغير من بيده المال اذا توقف استنفاذه عليه

مع انه لا يظن باحد الفتوى بجوازه وكذا جواز الاضرار الكثير بصاحب المال

كاتلاف الف دينار منه لانقاذ ما يساوي ديناراً واحداً . قلت نلتزم بالمنع في

(١) مر بحث الترافع الى القضاة الظلمة .

هذين الموردين لقاعدة نفي الضرر وترجيح اهم الضررين . بل ولمفهوم الحصر المذكور اذ مننع اللزوم المدعي فان الظلم في مثل هذين المورد بغير الحق .

مسألة ١٦٩: يجوز لو ارث المالك أخذ ماله من الظالم ولو بالقهر والاضرار ومن وارثه على نحو سبق في ذيل المسألة الاخيرة وفي جواز انتقام ابن المظلوم عن الضارب وجهان من عدم شمول الايات السابقة له ومن ثبوته في القتل فيثبت في المقام بطريق اولى حسب المتفاهم العرفي وهو الاشبه .

مسألة ١٧٠: اذا قسم الورثة ما ترك مورثهم فالظاهر جواز اخذ المالك حقه من أي وارث شاء واحتمال منع النقص الا بالنسبة ضعيف لان استحقاق الارث بعد الدين، واذا كان الحق عيناً فجواز أخذها من أي وارث امكن أخذها منه اوضح . وكذا يجوز اخذ الحق من الحبوة ومن غير الارض ولا يلتفت الى ايراد النقص على الولد الاكبر والزوجة .

مسألة ١٧١: لا يجوز ضرب ابن الضارب فضلاً عن ضرب مطلق وارثه فانه ظلم غير سايع عند العقلاء وكذا لا يجوز أخذ ماله اذا لم يترك الغاصب مالا . ويدل عليه أيضاً اطلاق قوله تعالى : ولا تزر وازرة وزر اخرى .

مسألة ١٧٢: اذا كان الحق ديناً وكان الغريم باذلاً لا يستقل صاحب الحق بالانتزاع لعدم تعين الحق بدون تعيين الغريم وليس للدائن ولاية في تعيينه ، نعم اذا كان عيناً جاز اخذها بغير اذنه وان كان باذلاً ، اذا لم يتوقف على تصرف في ماله والا لا يجوز الا في فرض غير البذل .

مسألة ١٧٣: اذا كان الغريم معترفاً بالحق ولكنه لمرضه أو غيبته لا يقدر على الدفع حتى بالتوكيل فهل يستقل صاحب الحق أم لا بد من مراجعة الحاكم؟

قيل لاختلاف ولا اشكال في عدم استقلاله ^(١) فلا بد له من استيذان الحاكم ، ولازمه الصبر في فرض عدم تمكنه من مراجعة الحاكم أو من أثبات حقه عنده لكن الاظهر حينئذ جواز الانتزاع لبناء العقلاء ولاطلاق رواية اسحاق ^(٢) ان تمت سنداً .

مسألة ١٧٤ : اذا جحد الحق من غير عناد كما اذا اعتمد على الاصل او على الفتوى اجتهداً أو تقليداً قيل لايجوز لصاحب الحق اخذه من ماله الا بالترافع لكن الاظهر هو الجواز لما مر في المسألة السابقة .

مسألة ١٧٥ : لو منع الحياء أو الخوف أو غيرهما من المطالبة قيل لايجوز له التقاص وكذا لو شك في ان الغريم جاحد أو مماطل . أقول : أما في الحياء فالامر كما ذكر وأما في الخوف والشك فالظاهر جوازه ويظهر وجهه مما مر ، فتأمل .

مسألة ١٧٦ : اذا امتنع الغريم عن اداء الحق ، سواء جحد من رأس أو ماطل مع الاعتراف جاز الاخذ منه قهراً وجازت المقاصة من أمواله لمامر من الايات فانه ظالم ومعتد حدوثاً أو بقاء ولجملة الروايات التي ذكرناها في حدود الشريعة في محصرماتها ^(٣) ونترك هنا بواحدة منها وهي صحيحة داود قلت لابي الحسن موسى عليه السلام اني اخالط السلطان (اني اعامل قوماً) فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدابة الفارغة فيبعثون فيأخذونها ثم يقع لهم عندي المال فلي ان آخذه قال خذ مثل ذلك ولا تزدد عليه ^(٤) .

(١) ص ٣٨٨ ج ٤٠ الجواهر .

(٢) ص ٢٠٤ ج ١٢ الوسائل .

(٣) ص ٨١ ج ١ .

(٤) ص ٢٠٢ ج ١٢ الوسائل .

ومنه يظهر جواز المقاصة من غير جنس المال الثابت في ذمته أو الموجود في يده مع تعديل القيمة .

مسألة ١٧٧ : تجوز المقاصة من الوديعة خلافاً لجمع لامرّ ولخصوص صحيحة البقباق: ان شهاباً ماراه في رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم ... فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السلام فذكر له ذلك فقال اما أنا فاحب أن تأخذ وتحلف^(١) .

وأما صحيحة معاوية ابن عمار المانعة عن أخذ الوديعة نقاصاً فاما ان تحمل على الكراهة وهو بعيد بعد حكمه عليه السلام بانه خيانة وقوله هنا اما انا فاحب وان كانت هي المشهورة كما قيل .

أوعلى فرض استحلاف المنكر وحلفه لامرّ ومع فرض التعارض يرجع الى مطلقات الدالة على جواز المقاصة كصحيح داود السابق .

مسألة ١٧٨ : المفهوم من الأدلة جواز التوكيل في المقاصة ، نعم يشترط علم الوكيل بالحق في جواز عمله لا في حليّة الحق فلو غفل او تجرّى جاز لصاحب الحق أخذه ، بل تجوز لولى الصغير والمجنون أيضاً وكذا للحاكم فيقتص من أموال من يمتنع عن اداء الحقوق الشرعية وقيل يجوز التقاص لكل أحد لانه احسان الى صاحب الحق. أقول هذا في العين لا بأس به اذا لم يستلزم عملاً ممنوعاً في حد نفسه واما في الدين ففيه انه محتاج الى الاذن المفقود في غير صاحب الحق أو وليه أو الماذون من قبله .

مسألة ١٧٩ : اذا امكن اخذ مثل ما في ذمة الغاصب مثلاً أو ما في يده فهل يجوز الاخذ من غير المثل من المثليات والقيميات فيه اشكال لاعتبار المثلية

في جواز التقاص (بمثل ما اعتدى عليكم) فتأمل ولا اطلاق ظاهراً في الروايات المجوزة فاذا كان حقه حنطة ويمكنه اخذ الحنطة من ماله بشكل أخذ الارز أو اللحم أو الفرش أو النقود لعدم المثلية التامة حينئذ واما مع عدم التمكن منه فلا اشكال فيه من دون فرق بين المثليات والقيميات بل يجوز حينئذ أخذ العين مكان المنفعة وعكسه .

مسألة ١٨٠: اذا أخذ الزايد من حقه من باب الضرورة وبقصد الرد فتلف الزايد من دون افراط وتفريط قيل لا يضمن لان يده يد امانة ، ولكن يحتمل الضمان لان الامانة الشرعية لاتنافي الضمان في الجملة والعمدة وجود المقتضى للضمان وعدمه .

مسألة ١٨١ : لو توقف اخذ حقه على بيع مال الغاصب مثلاً جازيعة لمامر ، واما اذا لم يتوقف كما اذا كان قيمة المال بمقدار حقه فلا اشكال في جواز اخذه مقاصة . وأما جواز بيعه وأخذ قيمته مقاصة أو بيعه واشترائه شيء من جنس ماله ثم اخذه مقاصة ففيه اشكال لعدم ما يدل على صحة مثل هذه التصرفات غير الضرورية في مال الغير .

مسألة ١٨٢ : اذا رضى المقتص منه باداء الحق بعد المقاصة فان كان ديناً فلا شيء في البين يتبادل سوى الاستغفار عن تأخير ردّ الحق وان كان عيناً فالظاهر وجوب قبول العين ورد ما أخذه مقاصة ان بقي والاّ المثل او القيمة ، لعدم استفادة المفاوضة القهرية من الادلة بل الاقتصار بمنزلة بدل الحيلولة ، نعم اذا لم يدفع الاخذ ما اخذه او مثله او قيمته جاز له تملك العين مقاصة . و منه يظهر الاشكال في تصرفات المقتص منه في العين المذكورة ولو بعد مقاصة مالها من ماله اذ مع فرض عدم حصول المعاوضة القهرية كان التصرف فيها محرماً . لكن في الجواهر: بل ظاهراً ملك المقاص العوض الذي يأخذه و

ينبغي ان يلزمه انتقال مقابله الى ملك الغاصب لقاعدة عدم الجمع بين العوض والمعوض عنه بل قد يشكل استحقاق الرد عليه ولو بذله بعد ذلك... واحتمال كون الملك متزلزلاً بنحو ما ذكره في القيمة التي يدفعها الغاصب للحيلولة مناف لقاعدة اللزوم بعد ظهور النصوص في الملك^(١) ..

مسألة ١٨٣: هل يجوز المقاصة اعتماداً على استصحاب بقاء الحق؟ قيل انه مشكل والاحوط رفعه الى الحاكم واستدل له بوجه غير وجهه، ثم الظاهر عدم الفرق بينها وبين المطالبة ومقتضى حجية الاستصحاب جوازهما معاً .

مسألة ١٨٤: لا يجوز التقاص من المال المشترك بين المديون وغيره الا باذن شريكه فان التصرف في ماله محرّم واذا لم يأذن أولم يمكن جاز لقاعدة لا ضرر وعلى كل فاذا تصرف صار شريكاً جديداً بمقدار حقه فلا يجوز للشريكين السابقين - المديون وشريكه - التصرف في المال المشترك من دون اذنه كما لا يجوز له أيضاً التصرف فيه بدون اذنهما .

واذا أراد الشريك الجديد قسمة المشترك بأقسامها الثلاثة فلا يعتبر اذن المديون الممتنع ظاهراً فان رضى الشريك الاخر فهو والا فيجب عليها على نحو سبق بحثه في القسمة .

مسألة ١٨٥: لا يجوز التقاص من مال تعلق به حق الغير كحق الرهانة وحق الغرماء في مال المحجور عليه وفي مال الميت الذي لانفي تركته بديونه لوجود المانع^(٢) .

(١) ص ٣٩٦ ج ٤٠ .

(٢) وظاهر ان مفروض الكلام في هذه المسألة وما مر من مسألة الحياء وغيره هو

عدم وجود عين ماله فانها تؤخذ اينما وجدت .

مسألة ١٨٦: اذا كان للممتنع دين على ذمة الدائن جاز احتسابه عوضاً عما عليه مقاصة للاية ولبناء العقلاء ويتحقق التقاص بمجرد النية ولا يحتاج الى القبض والتسلط كما هو في صورة الاخذ اذ لا يكفي فيه مجرد النية .

مسألة ١٨٧: اذا غصب مثلاً مالا مشتركاً فهل ما يأخذه أحد الشريكين أو الشركاء بعنوان التقاص مشترك بين الكل أو مختص بالقابض بمقدار حقه ذهب بعضهم الى الثاني: والظاهر ضعفه في العين لعدم ما يوجب زوال الشركة فهي باقية بحالها وكل من أخذ منه شيئاً يشترك فيه الكل، نعم لا بأس به في الدين ان لم ينوه لغيره .

مسألة ١٨٨: الظاهر عدم جواز المقاصة في الدين من مستثنيات الدين اذا لم يكن للمعسر غيرها وليس في أدلة الباب اطلاق يلغى اعتبار المستثنيات في المقام .

القول

فى أحكام اختلاف دعوى الاملاك

مسألة ١٨٩: كل ما كان تحت يد شخص واستيلائه فهو محكوم بملكيتـه سواء كان من الاعيان أو المنافع أو الحقوق أو غيرها لاللاجماع أو السيرة ولا للرواية بل لبناء العقلاء وسيرة الناس جميعاً فى امور معاشهم عليه، والاسلام أقر أتباعه عليه .

فاليد امارة على الملكية أو ما يدعيه ذوها من الاجارة أو العارية أو الوديعة أو الوقف أو التولية وغير ذلك، ولا يعتبر فى دلالتها على الملكية مثلاً التصرفات أو دعويها فاذا مات يقسم ما عنده على وارثه وان لم يشاهد تصرفاته ولم يسمع دعواه بل قيل بها حتى مع اعتراف ذي اليد بعدم علمه بان مافي يده له أم لا ، لاستقلال اليد بدلالاتها على الملك من دون اعتبار علم ذيها بالملكية . نعم اذا اعترف بالوكالة أو الاستيجار أو الولاية ونحوها فيحكم بملكية من اعترف له لان يدهم يده عرفاً. والاعتراف مقدم على اليد .

مسألة ١٩٠: اذا اعترف بعدم ملكية مافي يده وادعي زيد انه له فهل يجوز له دفعه اليه أولاً؟ فيه وجهان من عدم معارض للمدعي في دفع اليه كما مرّ ومن ان ذا اليد مكلف بايصال المال الى مالكه ومجرد دعوى أحد لا يثبت ملكيته

وهذا هو الأرجح واستدل بعض المحققين للاول برواية الكيس وزعم دلائلها عليه لكنها ممنوعة .

مسألة ١٩١: قيل ان يد الصبي لا يمنع دعوى الكبير لما في يده اذ يده ليست بيد كما ينهم بالمناط من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ عمد الصبي خطأ نعم اذا عارض الصبي الكبير لا بد من الترافع لما مر من قبول دعوى الصبي .

أقول: لو صح خطأ عمد الصبي فكيف يسمع دعواه فانها أيضاً هدر وهل هو الا التناقض؟ والظاهر ان يد الصبي يد وليه ولو عرفاً كالاخ المربى له مثلاً فهي مانعة عن دعوى الكبير وفي يد المجنون تردد والله العالم .

مسألة ١٩٢: اذا اعترف ذواليد بان مافي يده لزيد ويدعى بكر انه له يحكم بكونه لزيد الا اذا اقيمت البينة على قول بكر وهذا لا اشكال فيه وانما الاشكال فيما اذا اعترف بغصبيية يده وان يده يد عدوانية وانه غصبه من زيد وادعى عمرو انه له فهل مثل هذه اليد حجة أم هي كالعدم فيقبل قول عمرو لعدم المعارض له على الفرض، قيل بالاولى بدعوى ان اعترافه بالغصبيية لا يوجب الا عدم كاشفية اليد عن الملكية بحسب اقراره وأما عن غيرها فلا وبناء العقلاء على حجيتها في كل ما يرجع الى مافي يده .

مسألة ١٩٣: اذا كان الشيء تحت يد شخصين أو أشخاص فمع الاعتراف بالمقدارين عليه والا فهو لهم على السواء اذا كانت أيديهم عليه بالسوية فيقسم بين الاثنين بالنصف وبين الخمسة مثلاً بالخمس والا فيمقدار الاستيلاء لبناء العقلاء المؤيد بدعوى الاجماع ودلالة بعض الاخبار عليه في الجملة .

مسألة ١٩٤: اذا ادعى أحد ملكية مافي يد غيره وأقام البينة على انه كان في يده سابقاً أو كان ملكاً له كذلك فالمال لذي اليد مع يمينه لانه منكر وان ردها على المدعي فحلف كان المال له وعلى كل لا يعتنى بالبينة المذكورة لانها

تخبر عن ملكية سابقة غير منافية لما اقتضته اليد من الملكية الفعلية^(١).
وان أقام البينة على انه ملكه فعلا وان يد المستولي يد أمانة أو اجارة أو
عدوان حكم له بها ترجيحاً للبينة على اليد التي تكشف عن الملكية في خصوص
حالة الجهل فاذا تبين الحال سقطت دلالتها على الملك .
واذا أقام ذو اليد أيضاً البينة على انه له فعلا فقبل بترجيح بينته مع يمينه،
وقبل بترجيح بينة المدعي وسيأتي بيان الحق فيما بعد .

مسألة ١٩٥ : اذا اعترف ذو اليد بأن المال كان للمدعي ولكن انتقل الي
بناقل شرعي فان أقام البينة على قوله فهو والا يحكم للمدعي مع يمينه ان
استحلفه ذو اليد لانه باعترافه هذا يصير مدعياً للانتقال والمدعي منكراً .

لا يقال : نعم ولكن اذا اعترف ذو اليد ان المال كان للمدعي وهو الان
لي لا يقلب المنكر مدعياً لان الملكية السابقة لأثر لها فعلا والاستصحاب غير
جار مع اليد فيحكم بأن المال لذي اليد مع يمينه حتى يقيم المدعي البينة على
انه له بالفعل .

فانه يجاب عنه بأن الاقرار بالملكية السابقة مع دعوى الملكية فعلا لا تنتفك
عن دعوى الانتقال فمرجع قول ذي اليد ادعاء الملكية من جهة الانتقال فيكون
مدعياً يجب عليه اقامة البينة .

نعم انما يجب عليه اقامة البينة اذا كان المنكر هو المالك أو من يقوم مقامه
وغيره يجب عليه حمل قول ذي اليد على الصحة وان جهل الانتقال ، فان اليد
امارة على الملكية خصوصاً مع تصريح ذي اليد بها . فلا يسمع دعوى عدم
الانتقال بها من الاجنبي الا بالبينة كما يدل عليه صحيح حماد بن عثمان عن

(١) خلافاً لبعضهم فلاحظ تفصيله في ص ٤٥٢ وما بعدها من ج ٤٠ الجواهر .

الصادق عليه السلام الوارد في قصة فدك^(١).

مسألة ١٩٦ : اذا تعارضت الشهادة بالملك مع الشهادة باليد أو التصرف تقدم الاولى عليهما كتقديمها على اليد الحسية والتصرف الحسى والوجه فيه ظاهر فان اليد والتصرف ظاهران في الملكية والشهادة بالملك نص والنص مقدم على الظاهر .

مسألة ١٩٧ : اذا أجاب المدعي عليه ان المال ليس للمدعي ففيه صور سبع :

الصورة الاولى : أن يقول انه لي فيكون طرفا للمخاصمة فيحكم بينة المدعي أو حلف المنكر أو يمين المدعي المردودة على مامر .
الصورة الثانية : أن يقول لأدري انه لمن أي انه مجهول المالك فان أقام المدعي البينة قضي له بها والا فيدفع المال الى الحاكم الشرعي ولا يتوجه اليمين اليه والى ذي اليد المذكور لانهما ليسا طرفا الخصومة فان قلت هذا المدعي لامعارض له فلم لا يدفع المال اليه كما مر دليله ؟ قلت : هذا فيما لم يكن عليه يد وأما فيما عليه يد فالواجب على ذي اليد ايصاله الى مالكه ، ومجرد الادعاء لا يكفي لاثبات الملك فلا يجوز له الدفع الى المدعي ولا وجه لابقائه عند ذي اليد الا اذا رأى الحاكم المصلحة فيه .
وعلى كل لا كفاية على المدعي الاخذ اذ لا علم بالمدعي عليه الغائب في المقام .

الصورة الثالثة : ان يقول انه لاحد لا اسميه لم تندفع الخصومة عنه ظاهراً بل يلزمه الحاكم بالبيان فانه من شؤون القضاء وفصل النزاع فعليه أن يذكر اسم المالك حتى يتوجه اليه الخصومة وقيل بان دفاع الخصومة عنه بعد الحكم شرعاً

بانتفاء المال عنه وحينئذ يأخذه الحاكم منه وينحصر اثباته للمدعي باقامة البينة كما في الجواهر^(١).

أقول : ويضعف بأن مجرد كون المال لغير المدعي عليه مع التمكن في بيان اسم المالك لا تندفع الخصومة عنه الا اذا ادعى النسيان فيمهل له حتى يتذكر، ولا يصح للحاكم أخذ المال منه مع احتمال العارية والوديعة والوكالة. وعلى كل اذا استحلفه المدعي على عدم علمه بملكية المدعي لزمه الحلف فان لم يحلف وحلفه المدعي أخذ المال والظاهر ضمانه للمقر له اذا بين اسمه وحضر بعد ذلك لانه بعدم حلفه أتلف المال فلا حظ . وكذا يتوجه الى ذي اليد ان أنكر نسيانه المدعي واستحلفه فاذا نكل ألزمه الحاكم بالبيان . وأما اذا لم يحلف المدعي سقط دعواه مع ذي اليد والارجح جواز اعادتها بعد ظهور المالك معه .

الصورة الرابعة : أن يقول انه لزيد الحاضر أو في حكمه فان صدقه زيد وقال انه لي تندفع الخصومة عن ذي اليد ، فاذا ثبت حق المدعي بالبينة أو اليمين المردودة ولم يمكن له أخذ حقه المدفوع من ذي اليد الى زيد فالظاهر جواز رجوع المدعي الى ذي اليد للخسارة للاتلاف واليد .

وان صدقه زيد بعد انكاره للمال أولا فعن التذكرة ان له الاخذ لسلامة اقرار المقر بعد تعارض انكار المقر له بتصديقه ، وقيل بالمنع .

ولو استحلف المدعي ذا اليد على انه لا يعلم ان المال له قيل توجه اليمين اليه فان نكل وحلف المدعي أغرمه وأما عين المال فهي للمقر له بالاقرار السابق الذي لا يبطله الاقرار اللاحق فضلا عما كان بحكمه من النكول أو الرد . وان كذبه زيد وقال بأن المال ليس لي أخذه الحاكم فان أقام المدعي بينة

فهو والا تؤجل الدعوى ولا يتوجه الحلف الى أحد ولا يدفع المال الى ذي اليد أو المدعي لما مر .

الصورة الخامسة : أن يقول انه لزيد وهو غائب فان أقام المدعي البينة يدفع له مع الكفالة والغائب على حجته اذا قدم وفي دعوى العلم على ذي اليد مامر وكذا في اغرامه عند النكول وحلف المدعي ولو أقام انه لزيد الميت فأقام المدعي البينة يدفع له مع يمينه لما مر .

واذا لم يقم المدعي البينة ولم يدع علم ذي اليد يبقى المال عنده كما كان وليس للحاكم أخذه .

الصورة السادسة : أن يقول انه وقف على الفقراء أو على المساجد ونحوهما ، فان أقام المدعي البينة فهو والا فلا يتوجه اليمين على ذي اليد على اشكال ثم ان قلنا بأن رد اليمين في فرض توجه اليمين الى المدعي وان احلافه مقام حلفه فلا رد هنا فتوجل الدعوى عند عدم البينة وان قلنا برد اليمين الى المدعي مطلقاً كما قويناه في مامر حلف المدعي وقضى له ، وكذا ان ادعى علم ذي اليد وأنكره ونكل وحلف المدعي .

ولا يحق للحاكم أخذ المال في فرض عدم ثبوته للمدعي مع احتمال كون ذي اليد متولياً وناظراً من قبل الواقف .

الصورة السابعة : ان يقول انه للصبي أو للمجنون فان أقام بينة فهو والا انصرفت الخصومة عنه ولا سبيل الى تحليف الصبي ووليهِ ولا تغني الا البينة كما في الجواهر (١) .

لكن الظاهر اذا ادعى عليه العلم فلم يحلف وحلف المدعي دفع اليه المال للاطلاقات بل يمكن القول بتوجه الخصومة الى ولي الطفل والمجنون

للاطلاقات المذكورة بل يمكن منع انصراف الخصومة عن ذي اليد خصوصاً مع عدم حضور الولي للاطلاقات أيضاً فلاحظ والله العالم .

مسألة ١٩٨ : اذا قام بينة على ملكية عين في يد غيره فانتزعتها بحكم الحاكم ثم اقام المدعى عليه البينة على انها له فعلاً تؤخذ منه ويدفع اليها فانها دعوى جديدة وان اقامها على انها له حين الدعوى الاولى ففي تحرير الوسيلة لم يستبعد عدم نقض الحكم الاول لكن الاظهر انه من باب تعارض البينتين الذي يأتي تفصيله عن قريب انشاء الله تعالى .

مسألة ١٩٩ : اذا تنازعا في عين ففيه صور كثيرة ذات مباحث طويلة نذكر معظم تلك الصور ومن الله العون وعليه التكلان .

(الصورة الاولى) ان تكون العين تحت يدهما بحيث يستولى كل منهما على كلها ولا بينة لهما فيحكم بالتنصيف لبناء العقلاء وان شئت فقل انه قضية اليد فانها مع الانفراد تقتضي ملكية الكل ومع الاشتراك ملكية النصف وقد ذكرنا سابقاً ان عمدة الدليل على اعتبار اليد بناء العقلاء واليه يرجع دعوى الاجماع بقسميه عليه لبعد الاجماع التعبدى في المقام .

وهل يحتاج التنصيف الى تحالف المتنازعين فيما اذا لم يتفقا على الحلف أو عدمه فيه قولان، المشهور هو الاول لان كل منهما مدع بالنسبة الى نصف الآخر ومدعى عليه بالنسبة الى نصفه فيشملهما قوله عَلَيْهِ البينة على المدعى واليمين على من ادعى عليه، ولفحوى ما دل على تحليفهما مع البينة فمع عدمها بطريق اولى، وعن جمع هو الثاني ولعله لعدم كون كل منهما مدعياً ومدعى عليه، لان يد كل منهما على تمام العين وحينئذ فلا مدعى ولا مدعى عليه منهما ضرورة تساويهما في ذلك الا ان الشارع قد جعل القضاء في ذلك بان العين بينهما ومنه يظهر لك عدم كون كل منهما مدعياً لنصف الآخر ومدعى عليه

فى نصفه كى يتوجه التحالف كما قبل فالمتجه الغاء حكم يد كل منهما بالنسبة الى تحقق كونه مدعى عليه ويكون كما لو تداعيا عيناً لا يد لآحد عليهما ولا بينة لكل منهما^(١) ..

أقول: لكن لو شك فى اعتباره يرجع الى اطلاق مادل على حصر القضاء بالبينات والايمان لعدم مقيد له فى المقام فافهم .

وعليه فان حلفا فهو، وان حلف الاول ثم نكل الثانى ردت اليمين على الاول ولا يكفيه اليمين الاولى لانها كانت على نفسى استحقاق صاحبه فيما هو بيده واليمين المردودة على الاثبات، نعم لو نكل الاول فالظاهر كفاية حلف الآخر يميناً واحدة جامعة بين النفسى والاثبات لصدق الحلف عليهما ولا يعتبر تكرار لفظ الجلالة مثلاً ولذا لم ينقل عن المشهور القائلين بالحلف الخلاف فيه .

(الصورة الثانية) ان يكون لكل منهما بينة فى الفرض المذكور والحكم فيها ايضاً بالتنصيف من دون اقراع وترجيح باعدلية او اكثرية بلا خلاف يجده صاحب الجواهر بعد القديمين^(٢)

ويقول الشهيد الثانى لاشكال فى الحكم كما لو لم تكن بينة ، وقيل لان مع كل منهما مرجحاً باليد على نصفهما فقدمت بينته على ما فى يده وقيل لان يد كل واحد على النصف وقد اقام الآخر البينة عليه فيقضى له بما فى يد غيره بناء على تقديم بينة الخارج فكل منهما قد اعتبرت فيما لا تعتبر فيه الاخرى

(١) للاحظ ص ٤٠٣ من الجواهر .

(٢) لكن عن الرياض نسبة القول بالتنصيف فى فرض تساوى البينتين عدالة وعددا وتقييداً واطلاقاً الى جماعة من القدماء وحكمهم مع الاختلاف فيها للاراجح وسند كرفى المتن انه الاظهر فى الجملة .

ولذا لم يلحظ ترجيح بالعدد والعدالة ، وهذا هو الاشهر ، وتظهر الفائدة في اليمين على من قضى له ، فعلى الاول يلزم لكل منهما وعلى الاخرين لايمين ، لترجيح كل من البينتين باليد فنعمل بالراجح ولان البينة ناهضة باثبات الحق - على الثاني - فلايمين معها .

أقول: لكن بعض القائلين بكل من القولين الاخيرين اعتبروا الحلف أيضاً وان كان المستفاد من الجواهر ذهاب المشهور الى عدم اعتباره .

والحق اعتبار التحالف والاطهر ان السبب في التنصيف هو التساقط بعد تساويهما دون ترجيح أحديهما على الاخرى ، كل ذلك لموثقة اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام : ان رجلين اختصما الى أمير المؤمنين عليه السلام في دابة في أيديهما وأقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده فأحلفهما علي عليه السلام فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف فقضى بها للتحالف ، فقيل ... ^(١) واذا فرض ان احدى البينتين أكثر عدداً وأقوى عدالة تقدم على الاخرى وقضى بها لاطلاق صحيح عبدالرحمن بطريق الصدوق فقط - عن الصادق عليه السلام : كان علي عليه السلام اذا أتاه رجلان (يختصمان) بشهود عدلهم سواء وعددهم ، أفرع بينهم على أيهما تصير اليمين وكان يقول اللهم ... ثم يجعل الحق للذي يصير عليه اليمين اذا حلف ^(٢) واطلاق موثقة سماعة عن الصادق عليه السلام ان رجلين اختصما الى علي عليه السلام في دابة

(١) ص ١٨٢ ج ١٨ من الوسائل اقول قال المحقق الرشتي في ص ١٤٩ ج ٢

من قضائه: ان التعبد برواية غير واضحة السند في مقابلة القواعد العامة - البينة على المدعى واليمين على من انكر - من غير عمل معتد به كما ترى !

أقول القاعدة العامة ثبتت بخبر واحد قابل للتخصيص والسند موثق معتبر فلا يفتقر اعتبار منته الى عمل جمع كثير فهو اعلم بما قال .

(٢) ص ١٨٣ ج ١٨ من الوسائل .

فزعم كل واحد منهما انها نتجت على مذوده وأقام كل واحد منهما بينة سواء في العدد فأقرع بينهما . . . (١) والقرعة لمستحق اليمين دون المال جمعاً بينهما وما سبق .

ويظهر منها ومن سابقتها كفاية كل من الاكثرية والاعدلية في الترجيح وعدم لزوم جمعهما فيه وعليهما يحمل اطلاق صحيح داود بن سرحان (٢) وصحيح الحلبي (٣) .

ثم ان مقتضى الجمع بين موثقة عمار وهاتين الروايتين هو تخيير القاضي بين احلاف المتنازعين كما فيها واحلاف احدهما بالقرعة كما فيهما فاذا نكل رد على الآخر . ولكن الاحوط اختيار احلافهما وترك القرعة لاحلاف أحدهما وسيدنا الاستاذ ذكر ان صحيحة عبد الرحمن مطلقه فتقيد بموثقة اسحاق المختصة بالمال فلامنافاة (٤) وفيه ما عرفت من عدم المنافاة وعدم وجه للتقيد .

ويمكن أن يقال بتخيير القاضي بين أمور ثلاثة أحلافهما معاً وأحلاف أحدهما بالقرعة واخراج المستحق بالقرعة من دون أحلاف كما لعله ظاهر موثقة سماعة . واما اعتبار الحلف في فرض ترجيح احدى البيتين ففيه تردد من ثبوته في فرض كون المال بيد أحد المتنازعين كما في صحيحة أبي بصير الاتية والظاهر عدم الفرق بينه وبين المقام ومن اختلافهما ملاكاً . بقى في المقام أمران :

الاول ما في رواية السكوني عن الصادق عليه السلام : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجلين ادعيا بغلة فأقام أحدهما شاهدين والاخر خمسة ، فقضى لصاحب

(١) ص ١٨٥ المصدر

(٢) ص ١٨٣ المصدر

(٣) ص ١٨٥ المصدر

(٤) ص ٥٣ ج ١ مباني تكملة المنهاج

الشهود الخمسة خمسة أسهم ولصاحب الشاهدين سهمين^(١).

أقول للرواية سندان أولهما سند الكليني وهو ضعيف بالنوفلي على الأرجح، وثانيهما سند الشيخ وفيه محمد بن خالد البرقي ظاهراً وفيه كلام ذكرناه في كتاب الرجال، وعلى كل الاعراف أحداً قال بمضمونها، ولذا أول بعضهم السهام فيها بسهام القرعة دون سهام المدعى به.

الثاني يقول صاحب الجواهر - ره - بعد نقل موثقة اسحاق السابقة^(٢) الا انه خبر واحد وفي سنده ما فيه والمشهور نقلاً وتحصيلاً على خلافه فلا يصح مقيداً لما دل مما تسمعه من النصوص وغيره على التنصيف بدونه أي بدون الحلف وتبعه غيره في رد الخبر.

أقول خبر الواحد حجة وليس في سنده من يرد الخبر لاجله سوى غياث ابن كلوب الذي لم يوثقه النجاشي والشيخ في كتابيه في الرجال لكنه موثق وان كان عامياً لقول الشيخ في عدته: ولاجل ما قلنا عملت الطائفة بما رواه حفص ابن غياث وغياث بن كلوب ونوح بن دراج والسكوني وغيرهم من العامة^(٣). ونقل عنه أيضاً: أجمعت العصابة على العمل بروايات السكوني وعمار ومن ماثلهما من الثقات. (لكنني لم أجد هذه الجملة الأخيرة في عدته).

وان كان نظر صاحب الجواهر الى الحسن بن موسى الخشاب فقد ذكر النجاشي في حقه انه من وجوه أصحابنا مشهور كثير العلم والحديث وهذا يفيد صدقه جزماً فان الكاذب والمجهول لا يكون من وجوه أصحابنا. ونحن لم

(١) ص ١٨٥ ج ١٨ الوسائل

(٢) ص ٤١٢ ج ٤٠ من الجواهر

(٣) تعرضنا للكلام الشيخ مفصلاً في كتابنا بحوث في علم الرجال وهو الآن تحت

الطبع الثاني وكان اسمه أولاً فوايد رجالية.

نعرف له ولجملة من فقهاءنا العظام ضابطاً مضبوطاً في قبول الروايات وردها والله العالم .

وأما الشهرة فهي عندنا غير موهنة ولا جابرة، والعمدة هي الروايات المعتبرة سنداً دون المراسيل والضعاف والشهرة والاجماع المنقولة ونحو ذلك .
(الصورة الثالثة) ماذا كانت العين بيدهما معاً وكانت لاحدهما بينة ففيها تدفع العين لصاحب البينة بلا اشكال والظاهر عدم اشتراطه بحلفه خلافاً للسيد الاستاذ حيث أوجه بحجة ان كلا من المتنازعين مدع ومنكر كما سبق . فاذا كانت لاحدهما بينة فدليل حجية البينة وان كانت يشمل بينة المنكر أيضاً إلا أن ما دل على ان وظيفة المنكر هي اليمين يقتضي عدم الاكتفاء بالبينة وحدها فلا بد من حلفه أيضاً في القضاء له ^(١).

أقول: ولكنه مقيد بما دل على ان الرجل اذا قام البينة على حقه لا حلف عليه كصحيح محمد بن مسلم وغيره ^(٢).

تنبيه : هذا كله اذا كان يد كل منهما على الجميع بالسوية وأما اذا كان بالتفاوت كما اذا فرضت يد احدهما على ثلثي اليمين ويسد الآخر على ثلثها او ان احدهما تنتفع منها ثمانية أشهر والآخر أربعة أشهر أو ان احدهما يأخذ ثلثي ربحها والآخر ثلثه ففي هذا الفرض ونظايرها لا يقضى بالتنصيف بل بمقدار استيلاء اليد .

(الصورة الرابعة) اذا كانت العين بيد احدهما ولم تكن لهما بينة اصلاً فهي لدى اليد مع يمينه ان التمسها المدعي لانه منكر، فان نكل وحلف المدعي فهي له وان نكل كانت العين لدى اليد، كل ذلك واضح غير محتاج الى البيان.

(١) ص ٥٤ ج ١ مباني تكملة المنهاج .

(٢) ص ١٧٧ ج ١٨ الوسائل .

(الصورة الخامسة) اذا كانت العين بيد احدهما وكانت لاحدهما بينة فان كانت البينة للمدعي تدفع العين اليه لتقديمها على اليد وان كانت لدى اليد فالامر اوضح، ولكن هل عليه حلف من جهة انه منكر كما مر عن السيد الاستاذ وصرح به في المقام أيضاً فيه نظر كما مر .

نعم لو قلنا بلغوية بينة المنكر وانه ليس له الا الحلف بطل الفرض ورجع الى الصورة الرابعة لكنه ضعيف لضعف ما استدلوا عليه كما يأتي في الصورة السادسة .

(الصورة السادسة) اذا كانت على العين يد احدهما واقام كل منهما بينة ففيه أقوال ^(١) والمشهور شهرة عظيمة انه يقضى بها للخارج دون المثبت ^(٢). ان شهدت لهما بالملك المطلق مع التساوي في العدد والعدالة وعدمه بل عن الخلاف والغنية والسرائر وظاهر المبسوط الاجماع عليه ، وقيل بتقديم بينة الداخل وعلى الاول لافرق عندهم بين الشهادة بالسبب وعدمه ، وقيل بتقديم بينة الداخل ان شهدتا بالسبب وأما لو شهدت للمثبت بالسبب وللخارج بالملك المطلق فيقضى لصاحب اليد سواء كان السبب مما لا يتكرر كانتاج ونساجة الثوب أو يتكرر كالبيع والصياغة خلافاً لابن ادريس حيث قدم بينة الخارج حتى في هذا الفرض .

واستدلوا على الاول بالاجماع المنقول وخبر منصور عن الصادق عليه السلام ففي ذيله : ولا اقبل من الذي هي في يده بينة لان الله عز وجل أمر ان تطلب

(١) انهاها التراقي في محكي مستنده الى تسعة .

(٢) في ص ٤٦٠ ج ٤ الجواهر اذ المراد بالداخل والخارج في كلامهم المدعى والمنكر لاختصاص ذي اليد ومدعيه وان كانت النصوص مشتملة عليه .

البينة من المدعى فان كانت له بينة والا فيمين الذي هو في يده ^(١).
 لكنه لجهالة محمد بن حفص الواقع في سنده ضعيف غير حجة كالاجماع
 المنقول المستدل به على الاخير وقد استدل عليه برواية بن سنان ^(٢) الضعيفة
 سنداً ودلالة فمذهب المشهور ضعيف لادليل عليه .
 والاقوى سقوط البينتين مع التساوى عدداً أو عدالة والقضاء لذى اليد
 بحلفه كالصورة الرابعة بلاترجيح لبينة الداخل أو الخارج ومن غير فرق بين الشهادة
 بالسبب أو بالملك المطلق أو بالاختلاف لموثقة اسحاق المتقدمة ففيها : فقيل
 له : فلو لم تكن في يد واحد منهم وأقاما البينة ؟ فقال : احلفهما فايهما حلف
 ونكل الاخر جعلتها للحالف فان حلفا جميعاً جعلتهما بينهما نصفين ، قيل فان
 كانت في يد احدهما وأقاما جميعاً البينة ؟ قال : اقضى بها للحالف الذي هي في
 يده ^(٣) .

وأما اذا كان بينة احدهما أكثر أو اعدل فترجح على الاخرى فيقضى لصاحبها
 مع حلفه جزماً لصحيح أبي بصير، ففيه : أكثرهم بينة يستحلف وتدفع اليه ^(٤).
 وعليها تحمل معتبرة غياث فانها مطلقة من حيث الحلف وتساوي البينتين .
 ولسيدنا الاستاذ تفصيل آخر ، وهو ان ذا اليد ان انكر دعوى الاخر حكم
 له بالمال مع حلفه لمعتبرة اسحاق من دون اعتناء بالاكثرية والاعدلية وان لم
 ينكر بل ادعى انتقال المال اليه من غيره ولا يدري حقيقة الحال فمن كانت
 بينته أكثر عدداً قضى له بحلفه ومع التساوي فيها أقرع بينهما فمن اصابته

(١) و (٢) ص ١٨٦ ج ١٨ الوسائل .

(٣) ص ١٨٢ المصدر .

(٤) ص ١٨١ المصدر .

القرعة حلف وأخذ المال وذلك لصحيحة أبي بصير^(١).

أقول: وهذا عجيب منه دام ظله واليك نص الرواية: قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي القوم فيدعي داراً في ايديهم ويقيم البينة ويقيم الذي في يده الدار البينة انه ورثها عن أبيه ولا يدري كيف كان امرها ، قال : اكثرهم بينة يستحلف وتدفع اليه وذكر ان علياً عليه السلام اتاه قوم يختصمون في بغلة^(٢) فقامت البينة لهؤلاء انهم انتجوها على مذودهم ولم يبيعوا ولم يهبوا (وقامت البينة لهؤلاء بمثل ذلك) ففضى بها لاكثرهم بينة واستحلفهم.

فان صدر الرواية وان اخص بفرض جهل ذي اليد بحقيقة الحال الا ان ذيله ظاهر في انكار ذي اليد ومع ذلك امر بترجيح الاكثر مع الحلف وهذا واضح .

ثم قال دام ظله : نعم اذا صدق المدعى صاحب اليد في دعواه الجهل بالحال ولكنه ادعى ان من انتقل منه المال اليه قد غصبه أو كان المال عارية عنده مثلاً فان اقام البينة عليه حكم بها له والا فهو لدى اليد .

أقول : وهذا لذييل الصحيحة المذكورة ونصه : فسألته حينئذ فقلت : أرأيت ان كان الذي ادعى الدار قال : ان ابي هذا الذي هو فيها اخذ بغير ثمن ولم يقم الذي هو فيها بينة الا انه ورثها عن أبيه ، قال : اذا كان الامر هكذا فهي للذي ادعاه واقام البينة عليها . وليس فيه فرض تصديق المدعى جهل ذي اليد فلا حظ وتأمل .

(الصورة السابعة) اذا لم يكن العين المتنازع فيها تحت يد احد ولا بينة

(١) ص ١٨١ ج ١٨ الوسائل .

(٢) لا بد من فرض الكلام بقرينة الاستشهاد فيما كانت البغلة في يد احدهما .

لهما فان رضيا بالقرعة فهو والا فان حلف كلاهما فالمال بينهما بالمناصفة وان حلف احدهما يقضى له بالمال ، فان القضاء في فرض عدم البينة ، بالايمان ففي صحيح سليمان عن الصادق عليه السلام : في كتاب علي عليه السلام ان نبياً من الانبياء شكا الى ربه فقال يا رب كيف اقضى فيما لم اره ولم أشهد ؟ قال فأوحى الله اليه : احكم بينهما بكتابي واضفهم الى اسمي فحلفهم (تحلفهم) به . قال هذا لمن لم تقم له بينة^(١) وان لم يحلفا ففيه الوجهان التنصيف بقاعدة العدل والانصاف كما عن بعضهم والقرعة كما عن السيد الاستاذ^(٢).

(الصورة الثامنة) اذا كان لاحدهما بينة فالمال له فان كلا منهما مدع فايهما اقام البينة قضى له .

(الصورة التاسعة) ما اذا اقاما البينة فان حلفا أو نكلا جميعاً فالمال بينهما نصفان وان حلف أحدهما دون الآخر كان المال للحالف لمؤثقة اسحاق السابقة في الاول والثالث وأما في الثاني أي نكولهما فلمعتبرة غياث عن الصادق عليه السلام أن أمير المؤمنين اختصم اليه رجلان في دابة وكلاهما أقاما البينة انه انتجها فقضى به للذي في يده وقال : لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين^(٣) .

يظهر منها التنصيف عند تعارض البينتين مطلقاً نعم لا بد من تقييده بفرض عدم حلف احدهما ونكول الآخر لما عرفت .

ثم الظاهر لزوم مراعاة الترجيح بين البينتين في المقام أيضاً وفي جريان

(١) ص ١٦٧ ج ١٨ .

(٢) واورد عليه في الجواهر انه لا محل للقرعة لعدم ما يقتضى انحصار الحق فيهما كى يستخرج بالقرعة . ص ٤٠٩ ج ٤٠٩ اقول وسيأتى الكلام حول هذا القيد في مباحث القرعة . والظاهر صحة الايراد المذكور .

(٣) ص ١٨٢ ج ١٨ من الوسائل .

تخير الحاكم بين الاحلاف والقرعة في فرض قبولهما للحلف وجه كل ذلك للاطلاق .

واعلم ان صاحب الجواهر الحق هذه الصور الثلاث أي مالا يد لاحدهما على العين بما اذا كانت بيد ثالث لاطلاق الدليل . وفي تحرير الوسيلة : ولو لم تكن في يدهما ولا يد غيرهما ولم تكن بينة فالاقرب الاقراع بينهما وفيه أيضاً وان كان في يد ثالث أولاً يد لاحد عليه فالظاهر سقوط البينتين والرجوع الى الحلف أو الى التنصيف أو القرعة ، لكن المسألة بشقوقها في غاية الاشكال... (الصورة العاشرة) اذا تنازعا في عين عليها يد ثالث يقول لادري لمن هي فيجری فيها ماتقدم في السابعة والثامنة والتاسعة من دون ادنى فرق غير توجه اليمين الى الثالث اذا ادعى أحد المتنازعين أو كلاهما علمه بالحال وضمنانه مع النكول ، واستناد التلف اليه وكذا في الصور الاتية فافهم .

ثم الظاهر الحاق فرض اقرار الثالث بحقية احدهما لابعينه بادعاء عدم العلم بالحال من حيث الحكم والنتيجة . اذ لا يتميز ذو اليد فكأن العين لا يد عليها من احدهما .

(الصورة الحادية عشر) اقرار الثالث ذي اليد بانها لهما معا فيجری فيها مامر في الاولى والثانية والثالثة بعينه لان اقرار ذي اليد حجة فكأن العين في يدهما^(١). (الصورة الثانية عشر) اقرار الثالث انه لاحدهما بعينه فيجری فيها ما مر في الرابعة والخامسة والسادسة لما عرفت .

(الصورة الثالثة عشر) انكار الثالث انها لهما فان ادعى لنفسه فهو منكر

(١) لكن اذا ادعى الغصب وقتلنا بعدم حجية اقرار الغاصب يدخل الصورة في السابعة والثامنة والتاسعة واذا ادعى الامانة بالنسبة الى احدهما والخيانة الى ثانيهما فيكون احدهما ذا يد على النصف واما النصف الاخر فلا يد لاحدهما عليه .

وهما مدعيان فتارة تقوم البيئة من جميع الاطراف وتارة من بعضها، فعلى الاول ان ترجحت احديهما على الاخرى فهو والا تتساقطان ويحلف الثالث المنكر فان البيتين المتعارضتين كالعدم فان نكل رد عليهما فان حلفا يقسم بينهما المال وان نكل احدهما دون الاخر دفع اليه وان نكلا سقطت الدعوى وان اقام احدهما البيئة اخذه^(١).

وان ادعى انها للغير فالغير قديكون غائباً وقديكون حاضراً مصداقاً او مكذباً فيجربى عليه ماسبق .

وفي المقام صور مركبة اخرى يفهم حكمها مما مر كما اذا كانت العين المتنازع فيها تحت يد أحد المتنازعين وثالث أو بعضهما تحت يد ثالث وبعضها تحت يد احدهما أو كليهما وهكذا .

واعلم ان المحكى عن المشهور أو الاشهر بل عن عامة المتأخرين وجماعة من القدماء المدعى عليه الاجماع ان العين المتنازع فيها اذا كانت بيد ثالث وكان لهما البيئة قضى بارجح البيتين عدالة فان تساويا قضى لاكثرهما شهوداً ومع التساوي عدداً وعدالة يقرع بينهما فمن خرج اسمه حلف وقضى له ولو امتنع احلف الاخر وقضى له وان نكلا قضى به بينهما بالسوية^(٢).

ثم نقل المحقق الحلي بعد عبارته هذه عن الشيخ تفصيلاً اخر ولم يرتضه

(١) وفي الجواهر : فان نكل (الثالث عن اليمين في فرض عدم البيئة لاحد) فكما لايد لاحد عليه، فان قلنا بالتحالف فيه فان حلفاً أو نكلاً اقتسماه وان حلف احدهما خاصة كان له ج ٤٠ ص ٤٠٩ اقول: هذا اذا انكر الثالث ملكيتهما للعين ولم يدعها لنفسه واما ادعاها لنفسه ونكل ثم نكل المتنازعان أيضاً كان المال لذى اليد وحده على مامر وهذا مما لاخلاف فيه ولا اشكال .

(٢) ص ٤٢٤ ج ٤١ الجواهر .

وظاهرهم عدم الفرق بين اقرار الثالث لهما أو لاحدهما أو لغيرهما أو لنفسه أو دعواه الجهل بالحال نعم محل البحث هو وجود البينة للمتنازعين فقط. والحق ما عرفت.

مسألة ٢٠٠: يتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين مثلاً لصدق اسم البينة على كل منهما ولا يتحقق بين الشاهدين وشاهد ويمين لعدم صدق اسم البينة على الأخير فلا يندرج حينئذ في النصوص السابقة ومنه يعلم عدم تحققه بين الشاهد والشاهدين وبين شاهد ويمين ولا خلاف في المسألة الامن الشيخ في محكي مبسوطه ولا اشكال فيها الامن جهة ان لفظة البينة ليس لها حقيقة شرعية في لسان النبي والائمة عليهم السلام بل هي مستعملة بمعناها اللغوية الاعم من معناها الاصطلاحي حتى في قوله عليه السلام انما اقضى بينكم بالبينات والايمان وغيره غاية الامر ارادة فرد خاص منها فيه وهو الشاهد ان مثلاً ولاقل من الشك والاصل عدم نقلها عن معناها اللغوي .

وهذا هو الذي اخترناه سابقاً وكتبناه في كتابنا (فوايد رجالية) الذي غيرنا اسمه عند الطبعة الثانية بعد اصلاحات واضافات هامة بـ (بحوث في علم الرجال) وهو تحت الطبع في هذه الايام ^(١).

لكن المنكشف للمراجع الى روايات باب القضاء ان اللفظة المذكورة اما موضوعة بالوضع الشرعي للمتعدد أو منصرفة اليه بلا اشكال .

فرع :

اذا شهد شاهدان لزيد بالوصية وشهد شاهد بالرجوع وانه أوصى بما أوصى به اولاً له لعمره وكان لعمره ان يحلف مع شاهده كما نبه عليه المحقق - ره - فان عدم معارضة الشاهد واليمين مع البينة انما هو مع اتحاد المشهود به بخلاف الفرض فانها شهادة منفردة لاتنافي الاولى فيعمل بكل منهما في مورده.

(١) وقد خرجت اخيراً من المطبعة الى المكتبات ولله الحمد .

أقول : في المقام لنا بحث من جهتين :

الاولى ان الشاهد واليمين وان لم يكونا بينة بالوضع أو الانصراف الا انها حجة شرعية فما المانع من تحقق المعارضة بينهما وبين البينة؟ والروايات الواردة في تعارض البنتين لاتنفى ذلك لنظارتها الى خصوص تعارض البنتين فقط ولا جواب عنه عندي الا بتقديم البينة عليهما من جهة الترجيح بالاكثرية على ما اخترناه فلولا له كان تحقق التعارض بينهما غير ممنوع^(١).

الثانية ان لفظ البينة بمعناها اللغوي يشمل الثقة الواحد والعدل الواحد فضلاً عما اذا انضم اليه اليمين أو امرأتان أو عادل آخر ، لكن الظاهر من الروايات نقله الى غير معناه اللغوي العام و المتيقن من المعنى المنقول اليه هو الشاهدان الذكران واما الشاهد والشاهدتين ففي كونه معنى شرعياً له نوع تردد، فان في الروايات الواردة حول حجية شهادة الشاهد والشاهدتين لم يطلق اسم البينة عليهما. كما لم يطلق على الشاهد واليمين^(٢) فكيف يفرق بين الحجتين بجعل

(١) وبعد مدة وقفت على كلام للمحقق العراقي قال في ص ١٣٣ وص ١٣٤ كتاب قضاؤه : ... ان مجرد عدم صدق البينة على الشاهد واليمين لا يقتضى عدم المعارضة بعد اطلاق دليله في الاموال، بل حينئذ ربما يكون الشاهد واليمين مقدماً على الشاهدين في فرض كونهما من جانب خارج اليد لانه وظيفة المدعى في مقام الفصل بلاصلاحية الشاهدين من قبل ذى اليد للميزانية اصلاً كما انه لا بأس بالاعتماد كليهما فيما لو كان المال بيدهما اذ كل منهما من حيث كونه من الخارج حجة ... وحينئذ فالتحقيق في صورة كون المال في يد ثالث غير مقر لاحدهما معينا اولاً لايد لاحد عليه الحكم بالتساقط بين الشاهدين والشاهد واليمين على ما هو التحقيق من كون الاخير أيضاً ميزاناً مستقلاً للمدعى قبال البينة واليمين ...

اقول: قد عرفت عدم ترجيح بينة الخارج على الداخل أو العكس فلا يقدم الشاهد واليمين على الشاهدين ، والعمدة انه اهمل الترجيح بالاكثرية في هذا المقام .
(٢) لاحظ الروايات من ص ١٩٣ الى ص ١٩٩ ج ١٨ من الرسائل .

الاولى من البينة وصحة تعارضها مع الشاهدين دون الثاني ؟

الا أن يقال ان المعنى المنقول اليه هو تعدد الشاهد ذكراً كان أو أنثى غاية الامر اعتبار رجل واحد فيها وحيث ان الشاهد الواحد مع اليمين غير متعدد ليس ببينة . لكنه مجرد قول لادليل عليه ، ودعوى الانصراف والتبادر ونحو ذلك غير مسموعة بعد عدم ثبوت اطلاق البينة على غير الشاهدين في لسان الشارع وهذا اشكال عسير باعتقادي فان تم الاشكال ولم ينحل يكون الشاهد والشاهدتان حجة شرعية غير بينة في عرض البينة بل وفي عرض الشاهد واليمين مع الغض عن الترجيح بالاكثرية .

لكن في الصحيح عن يونس عمن رواه قال : استخراج الحقوق بأربعة وجوه بشهادة رجلين عدلين فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فان لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعي فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه^(١) .
ظاهر العبارة عدم حجية كل من التالي مع متلوه فلا يتحقق التعارض بينهما، خلافاً للمشهور في الشاهدين والشاهد والشاهدتين على ما عرفت .

لكن الكلام في سند الرواية فان كان المراد من الموصول المجرور الامام عليه السلام بحيث رجع ضمير الفعل (قال) اليه فالسند معتبر . وان كان المراد به أحد الرواة فالرواية مرسلة مضمرة فالسند ضعيف، نعم احتمال كونه مقطوعاً تبعده جلالة شأن يونس فتأمل .

وهنا رواية أخرى وهي صحيحة داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام وفي آخرها : فقلت : فاني ذكر الله تعالى : فرجل وامرأتان فقال ذلك فسي الدين فاذا لم يكن رجلان فرجل وامرأتان ورجل واحد ويمين المدعي اذا لم يكن

امرأتان قضى بذلك رسول الله صلى الله عليه وآله^(١).

لكن في دلالتها على عدم حجية كل من الاخيرتين في فرض تعارضه مع الاولى نظر فانها انما تدل على عدم جواز اقامة الثالث مع امکان الاول أو الثاني والثاني مع امکان الاول فقط وأما اذا اقامها صحيحاً فتعارضت به بينة الطرف الآخر وان كان رجلان فلا دلالة للرواية على عدم حجيتها فلاحظ وتأمل ثم الظاهر عدم ترتب ثمرة عملية على كون الشاهد والشاهدين مصداقاً للبيئة وعدمه لتحقيق التعارض بينه وبين الشاهدين ولا اكثرية مع الآخر حسب الفرض .

مسألة ٢٠١: اذا امتنعت القسمة في المدعى به لبطلان الاشتراك فيه كما اذا تنازعا في زوجة، يرجع الى القرعة بلا خلاف ولا اشكال بل قطعاً كما قيل، وعن الشهيد الثاني انه لا يمين هنا اذ فائدتها القضاء للآخر مع النكول وهو منفي هنا ولم يعلم وجهه لامكان القضاء للآخر مع يمينه عند نكول صاحب القرعة ولا نافي له، وانما المنفي هو التنصيف قبل القرعة أو بعدها مع نكول المتنازعين معا عن الحلف فتنتفي عنهما معاً فالعمدة هو النظر الى اطلاق دليل الحلف، فان ثبت - كما هو كذلك ، لصحاح داود وعبد الرحمن والحلي^(٢) - فلا بد من الالتزام به .

مسألة ٢٠٢: المرجح لاحدى البينتين المتعارضتين على الاخرى امران الاكثرية العددية والاعدلية كما يستفاد من صحيح عبد الرحمن ولا يعتبر اجتماعهما معاً بل يكفي للترجيح مجرد الاكثرية كما في صحيح أبي بصير وموثقة سماعة والظاهر كفاية الاعدلية أيضاً له .

واذا فرضت الاكثرية في أحدهما والاعدلية في الاخرى فالظاهر عدم الدليل

(١) ص ٢٦٦ ج ١٨ من الوسائل

(٢) ص ١٨٣ و ص ١٨٥ ج ١٨ .

على الترجيح وعلى كل لا يتعدى منهما الى غيرهما فلا تتقدم الشهادة بسبب الملك على الشهادة بمطلق الملك كما قيل لعدم النص .

مسألة ٢٠٣: اذا شهدت احدهما بقدوم الملك والاخرى بحادثه في العين الخارجة من ايديهما فقالت الاولى انها لزيد من سنتين لحد الان والاخرى انها لبكر من سنة فان علم ان مستند البينة الاولى هو الاستصحاب تقدم الثانية عليها لانقطاع الاستصحاب بالبينة فان لم يعلم تساقطان للتعارض في السنة الاخيرة وحيث ان شهادة الاولى على الملكية في السنة الاولى لامعارض لها يحكم بها لمالكها فله مطالبة الاجرة من المتصرف بل تستصحب الى زمان الحاضر فيقضى له اذ لا مانع له سوى البينة الساقطة بالمعارضة وهذا هو المنقول عن المشهور خلافاً لجمع ويؤيده ذيل رواية بن سنان في الجملة لكنها ضعيفة سنداً بعلى بن مطر خلافاً لصاحب الجواهر حيث عبر عنها بالصحيحة .

نعم اذا شهدت الثانية بالاشتراء قدمت على الاولى فانه يفهم انها اطلعت على مالم تطلع عليه الاولى فافهم .

ولو اطلقت احدهما وارخت الاخرى قيل تقدم المطلقة مع العلم باستناد المورخة الى الاستصحاب وأما اذا لم يعلم فالمتجه العمل بالاستصحاب أيضاً اقتصاراً في تساقطهما على ما علم تعارضهما فيه وهو الملك في الحال فيبقى غيره مستصحباً ، وقيل تساوتا لاحتمال الاطلاق هذا التاريخ وغيره زائداً أو ناقصاً فلاحظ وتأمل .

تتمة

ترجيح احدى البينتين على الاخرى في موارد :

١ - الاكثرية .

٢ - الاعدية .

٣ - الشهادة بسبب الملك على الملكية المطلقة كما قيل .

٤ - الشهادة عن علم على الشهادة بالاستصحاب ونحوه ان صححت في نفسها .

٥ - الشهادة بالملكية الفعلية مقدمة على الشهادة على الملكية السابقة .

٦ - الشهادة بالملك مقدمة على الشهادة بالتصرف واليد .

٧ - الشهادة المطلقة على المورخة مع العلم باستناد المورخة الى الاستصحاب كما قيل .

٨ - بينة الخارج مقدمة على بينة الداخل كما عن المشهور .

٩ - بينة الداخل مقدمة على بينة الخارج كما قيل .

ومما سبق ويأتي في هذا الكتاب يعرف حال اعتبار هذه الوجوه وعدمه .
وأما البحث عن تعارض هذه الوجوه بعضها مع بعضها فالبحث فيه طويل لا يسعه هذا المختصر وقد تعرض له المحقق الرشتي^(١).

مسألة ٢٠٤: اذا تنازعا في دين على ثالث فهو أما ينكر أو يدعى جهله أو يقول أنه لغيرهما أولهما على التساوي أو على التفاوت أو لاحدهما بعينه أولاً بعينه على نحو ما مر في العين^(٢).

فعلى الاولين يحلف المدعى عليه على العدم أو على عدم علمه ان لم يكن لهما بينة وان نكل فان حلف احدهما يثبت الدين له وان حلفا معاً فالظاهر هو التنصيف لبطلان الترجيح بلا مرجح وعدم امكان الجمع بينهما بغيره وعليه بناء العقلاء

(١) ص ٢٢٧ وما بعدها من الجزء الثاني من كتاب قضاؤه المطبوع بمطبعة قيام في بلدة قم المقدسة .

(٢) محل البحث وحدة المدعى به كما اذا ادعى ثمن الدار التي اشتراها المدعى عليه بدعوى كل منهما ان الدار له .

أيضاً فافهم ويحتمل القرعة بعد حلفهما ^(١) .

وان كانت لاحدهما بينة يقضى له وهل للمدعى الآخر احلاف المنكر ؟
فيه وجهان: الاشبه العدم لان الحق ثبت لغيره بحجة شرعية على الفرض فلا يحق
له الدعوى بعدها .

وان كانت لكل منهما بينة فالحق تساقطهما مع التساوي ويحلف من اصابه
القرعة فيقضى له لصحيح عبد الرحمن وصحيح داود وصحيح الحلبي فانها
مطلقة تشمل الدين والعين .

وكذا الحكم على الثالث سواء عين الغيرام لا صدقه الغير المذكور ام
كذبه، وعلى الرابع يستحق كل منهما النصف للاقرار ^(٢) ولكل منهما احلاف
المدعى عليه ان ادعى علمه كما ان لكل منهما احلاف صاحبه اذ يصبح منكراً
بالنسبة الى ما اخذه من النصف وان اقاما البينة لم ينفع لتساقطهما مع التساوي فيقرع
الحاكم لاجرا مستحق الحلف فيدفع الحق اليه بحلفه فان حلف رد الى صاحبه
وان نكلا فالتنصيف .

وان اقام احدهما البينة يأخذ الكل وان دفع المديون نصفه الى الآخر ولا
يرجع اليه عملاً باقراره .

وعلى الخامس يجب عليه دفع الحق الى المقر له وللآخر احلافه ان ادعى
علمه ، وان اقام بينة يأخذ الكل ولا يرجع المدعى عليه الى المقر كما مر .
وان اقاما معا البينة فالحكم كما مر ، فان خرج القرعة باسم المقر له وحلف
أخذ حقه وان خرج باسم صاحبه وحلف وأخذ الحق وجب على المدعى عليه

(١) مع فرض انحصار الحق في المتنازعين كما مرفى ص ١٠١ .

(٢) لو اقر الثلثين لاحدهما والثلث للآخر مثلاً يدفع الثلثين الى صاحبهما والثلث

الى صاحبه وهكذا.

دفع ماقر به للمقر له ، واما اذا أخذ الحق غير المقر له باليمين المردودة ففي وجوب دفعه الى المقر له اشكال ، من الاقرار ومن استناد الائلاف الى المقر له نعم اذا كان له عذر شرعي في ترك الحلف لا يبعد وجوب الدفع اليه فتأمل .

وعلى السادس يدفع الى من خرج القرعة باسمه مع يمينه ان اقاما بينة والى احدهما ان اقامها وللآخر احلافه ان ادعى علمه ومع عدم البينة فيه وجهان التنصيف بعد التحالف والقرعة ولعلها الاظهر^(١) ان لم يصلح على التقسيم هذا بالنسبة الى حسم مادة النزاع وأما تكليف المقر في نفسه ففيه بحث معروف من ان الواجب عليه ماهو ؟ تحصيل البرائة اليقينية بدفع الحق الى كل منهما ؟ أو التنصيف لاجل قاعدة العدل والانصاف ؟ أو الرجوع الى القرعة ؟ أو تخييره في دفعه الى ايهما شاء ؟ أو معاملة المجهول المالك معه ؟

ولو أقر رابع بان الدين المتنازع فيه في ذمته لا في ذمة المدعى عليه لم تندفع الخصومة عنه اذا لم يصدقا المقر ولا بد من العمل حسب اقراره .

ثم لا يخفى انه اذا تعارضت البيئتان في الدين لا يصح احلاف الحاكم المتنازعين للتنصيف كما قلنا به في العين بل يتعين هنا القرعة لاجرا الحالف وذلك لاختصاص مادل على الاحلاف بالعين وعموم دليل القرعة فلذا قلنا في العين بتخيير الحاكم بينهما وبعده في الدين .

(١) مع فرض انحصار الحق في المتنازعين كما مر .

احكام الاختلاف فى العقود^(١)

مسألة ٢٠٥ اذا تنازع الزوجان فى العقد فادعى أحدهما الانقطاع والآخر الدوام فان كانت البيئة لاحدهما فهو وان كانت لهما تقدم أكثرهما عدداً أو عدلاً ومع التساوي تسقط وتخرج الحالف بالقرعة كما تقدم وهكذا فى المسائل الآتية. وان لم تكن لها بيئة فيمكن ترجيح قول مدعى الدوام لوجهين .

١ - اصاله عدم ذكر الاجل فى العقد بناء على ان عدم ذكره مطلقاً ولو مع قصد الانقطاع يوجب انقلابه الى الدائم فعلى مدعى الانقطاع اثبات ذكر الاجل، أو نقول المحتاج الى اعتبار المدة هو عقد الانقطاع دون الدوام للزوم ذكرها فيه دونه ومع الشك يحكم بعدمه فيثبت العقد الدائم . اما الاول باقرارهما واما الثانى فبإصاله عدم اعتبار المدة الذى هو معنى الدوام .

٢ - اصاله دوام الزوجية بعد ثبوتها باعترافهما حتى يثبت المخالف عدمه. ورد بأن اصاله عدم اعتبار الزوجية الدائمة ترفع الشك وبها يحرز عدم

(١) الفرق بين هذا والعنوان السابق معلومية المالك هنا ومجهوليته هناك فتأمل .

الزوجية في الزايد على المقدار المتفق عليه .

ويمكن ترجيح قول مدعي الانقطاع أيضاً بوجهين :

١ - اصالة عدم اعتبار الزوجين المدة الزائدة عن المتفق عليها .

٢ - ان مدعي الدوام هو الذي يطالب الاخر بشيء ما ومدعي الانقطاع

هو المنكر والقول قوله مع يمينه حتى يثبت المدعي دعواه .

ومنه يظهر الحال اذا وقع النزاع بين ورثة الزوجين .

مسألة ٢٠٦ اذا ادعى زوجية امرأة بلاينة فله احلافها واحلاف زوجها الذي

تعترف بزوجيتها له فان حلفت فلاحق له في احلاف زوجها لسقوط الدعوى

واما اذا استحلف الزوج اولافني سقوط الدعوى وعدم جواز استحلاف الزوجة

نوع تردد والاشبه السقوط كصورة نكول الكل . واذا اقام المدعي بينة على

انها زوجته واقامتها على عدمها واقامها الزوج على انها زوجته تسقط بينة المدعي

لترجيح بينتهما بالاكثرية لان بينة الزوج بمدلولها الالتزامي تتحد مع بينة الزوج

في مدلولها المطابق .

مسألة ٢٠٧ اذا تنازعا في زوجية امرأة منكورة أو جاهلية بها، فان أقاما بينة

فقد مر حكمها مراراً لكن الكلام فيما اذا لم يحلف من ترجح بينته أو اصابته

القرعة فهل يجوز للاخر ان يحلف أو يرد اليمين عليها ومع نكولها يرد عليه أو

لا يرد عليه أصلاً كما هو ظاهر سيدنا الاستاذ فحكم بعدم ثبوت الزوجية بنكول

الاول لسقوط البينتين بالتعارض ؟ والاظهر عند نكول صاحب القرعة أو البينة

المرجحة عن الحلف يسقط دعواه، واما الاخر فكأنه لا بينة له فتحلف هي على

العدم أو على عدم العلم ، فان ردت وحلف قضى له وذلك لاطلاق ما دل على

اثبات الحق بيمين المنكر واليمين المردودة منه ^(١) .

واذا لم تكن لهما بينة فان حلفت فهو وان ردت وحلف أحدهما فيقضي له وان حلفا فالظاهر الرجوع الى القرعة وفي اعتبار الحلف الثاني بعد القرعة نظر. ويحتمل - على بعد - الرجوع الى القرعة بعد نكولها وقبل حلفهما فيحلف من اصابته القرعة .

مسألة ٢٠٨: اذا اختلفا في عقد فكان الناقل للمال يدعي البيع وكان المنقول اليه المال يدعي الهبة فان كانت عين المال باقية ولم يكن المنقول اليه ذا رحم أولم يدع الهبة المعوضة التي ثبت تعويضها فجاز لمدعي البيع أخذها فانه على البيع له الفسخ من جهة عدم رد الثمن وعلى الهبة له الرجوع لجوازها وكذا اذا ادعى المنقول اليه الهبة المعوضة ولم يثبت التعويض .

واما اذا تلفت العين أو كان المنقول اليه ذا رحم فيما ان مدعي البيع يدعي اشتغال ذمة الاخر فهو مدع فعلية الاثبات و الا حلف الاخر ان استحلفه ، واذا انعكس الامر فادعى الناقل الهبة وادعى المنقول اليه البيع مع فرض بقاء المال وغير الرحم وعدم اثبات التعويض فعلى الناقل الاثبات لانه يدعي زوال ملكية الاخر بمجرد رجوعه ومع عدمه فالقول قول مدعي البيع مع حلفه ان شاء واما مع فرض عدم أحد تلك الامور الثلاثة فلا أثر لدعوى الهبة كما لا يخفى .

مسألة ٢٠٩: اذا ادعى المالك العارية والاخر الاجارة فالقول قول المالك لان الاخر يدعي ملكية المنفعة واستحقاق ابقاء العين عنده الى انقضاء المدة فعليه الاثبات وان أقاما بينة فيحلف من رجح بينته أو اصابته القرعة فان نكل رد على الاخر فان حلف يقضي له .

وان ادعى المالك الاجارة والاخر العارية فان قلنا باصالة الضمان في الاموال فعلى مدعي العارية الاثبات والا يجب عليه أجره المثل ان لم يثبت قول المالك

وان لم نقل به لعدم اطلاق أوعوم في البين^(١) فالقول قول الآخر الا أن يثبت المالك اشتغال ذمة القابض بالاجرة .

ويمكن أن نستدل على اصاله الضمان فيها بمعتبرة اسحاق بن عمار قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاغت ، فقال الرجل : كانت عندي وديعة وقال الآخر : انما كانت لي عليك قرضاً . فقال : المال لازم له الا أن يقيم البينة انها كانت وديعة^(٢).

ولاموضوعية لخصوصيات المورد عرفاً فكما نعمل بها في موردها كذلك في المقام وغيره والجمود في أمثال المقام غير محمود والمقام محتاج الى مزيد تتبع وتفحص .

مسألة ٢١٠ : اذا ادعى المالك ان المال الموجود قرض ويدعي القاضي انه وديعة فهو كالقرض المذكور في الموثقة السابقة (في المال التالف) فيقدم قول المالك لما عرفت ، ولظاهر موثقة اخرى لاسحاق عن الصادق عليه السلام في رجل قال لرجل : لي عليك ألف درهم فقال الرجل : لا ولكنها وديعة ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : القول قول صاحب المال مع يمينه^(٣).

ولو كان المال تالفاً لقال : ولكنها كانت وديعة . فدلالته على وجود المال غير خفية لا يقال : لابد من حملها على التالف حيث ان الدرهم مثلي فلو كانت الدراهم موجودة لم يكن أثر يترتب على الدعوى اذ ليس لمدعي القرض الامتناع

(١) الضمان يثبت بالالتزام به بعقد أو بالاستيلاء بغير اذن المالك كما قال الاستاذ ولكن يمكن أن يقال انه يثبت أيضاً بالتصرف في مال الغير من غير اسقاط الاجرة فعلى مدعى العارية اثباته .

(٢) ص ٢٣٢ ج ١٣ الوسائل

(٣) ص ١٣٩ المصدر

عن قبول المال الموجود. كما ذكره السيد الاستاذ وحيث انه فصّر الروايتين معا على التالف قال : واما اذا كان المال موجوداً أو كان قيمياً فالقول قول من يدعي الوديعة حتى يثبت مدعى القرض اشتغال ذمة الآخر بالقيمة .
فانه يقال لاملزم للحمل المذكور لعدم حصر الاغراض فلعل المالك والقباض متفقان على عدم النقل فعلا وانما يتدعيان للضمان وعدمه في فرض التلف أو لغير ذلك.

مسألة ٢١١: اذا ادعى المالك ان المال وديعة وادعى القابض انه رهن ففي صحيح بن مسلم عن الباقر عليه السلام انه يقدم قول مدعي الوديعة وعلى مدعي الرهن البينة ، ولكن في الروايتين المعتبرتين عن الصادق عليه السلام عكسه ^(١) وجمع سيدنا الاستاذ بينهما بحمل الاخيرين على فرض ثبوت الدين وغيره مما يصح عليه الرهن والاول على فرض عدم اثباته وليس وجه الجمع ظاهراً حتى بملاحظة رواية المروزي ^(٢) فانها ضعيفة على الاصح ومع فرض تساقطهما بالتعارض يقدم قول مدعي الوديعة مطلقاً الا أن يثبت الآخر للرهن .
مسألة ٢١٢: اذا ادعى المالك الاجارة وادعى القابض البيع فعليه اثبات ملكية العين ومع عدمه يقبل قول مدعي الاجارة بيمينه .

يقول السيد الاستاذ دام ظله: هذا اذا اتفقا في مقدار العوض او كان الثمن على تقدير البيع اكثر والا كان المورد من موارد التداعي فيحكم بالانفساخ مع التحالف، فان ملكية المنفعة لمدعي البيع وان كانت متفقاً عليها الا ان ما يملكه مدعي الاجارة على مدعي البيع مجهول فكل منهما يدعي على الآخر شيئاً وهو ينكره. فان مدعي البيع يدعي ملكية العين والاخر ينكرها ومدعي

(١) ص ١٣٦ المصدر

(٢) ص ١٤٠ المصدر

الاجارة يدعي أجرة على مدعي البيع وهو ينكرها فان لم يثبت شيء من الدعويين بيئته أو حلف حكم بالانفساخ انتهى فتأمل فيه .

مسألة ٢١٣: اذا اختلف المتبايعان في زيادة الثمن ونقصانها مقتضى القاعدة تقديم قول من يدعي النقيصة حتى يثبت الاخر زيادتها، لكن المشهور المدعي عليه الاجماع تقديم قول مدعي الزيادة اذا كانت المبيع موجوداً لمرسلة البزنطي ولصحيحة عمر بن يزيد عن الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله : ان التاجر ان ... وهما بالخيار مالم يفترقا فان اختلفا فالقول قول رب السلعة^(١).

استظهر الاستاذ منها فرض بقاء العين فما لم يفسخ العقد يقدم قول البائع لكن الاستظهار المذكور غير واضح ، نعم مرسلة البزنطي تدل على المراد دلالة واضحة .

مسألة ٢١٤ : اذا ادعى المشتري شرطاً أو زيادة في المبيع أو في الاجل ونحو ذلك فالقول قول البائع المنكر مع يمينه، وأما اذا اختلفا في جنس المبيع أو جنس الثمن كان من موارد التداعي ، فان لم تثبت دعوى أحدهما بيئته أو حلف حكم بالانفساخ .

مسألة ٢١٥: اذا اتفقا في الاجارة واختلفا في الاجرة زيادة ونقيصة ، فالقول قول مدعي النقيصة لاصالة عدم الزيادة الا أن يقيم مدعيها البيئته عليها وان أقاما بيئته فالحكم ما تكرر في المسائل السابقة . وكذا اذا اختلفا في العين المستأجرة زيادة ونقيصة مع الاختلاف في الاجرة أو اختلفا في المدة كذلك مع الاتفاق في الاجرة والعين .

كل ذلك واضح لا غبار عليه ، وقد نقل الشهرة على المورد الاول أيضاً .

ولكن للشيخ الطوسي ومن تبعه وللمحقق الحلي وصاحب الجواهر كلمات لا تفهم حق الفهم ولعل المطالع يتعجب من بعضها ، والحق ان حكم المسألة واضح كما عرفت ، وكل ما قيل بخلافه لم يزدها الا ابهاماً واغلاقاً^(١) والله العالم .

مسألة ٢١٦ : اذا اختلفا في مال معين وادعى كل منهما انه اشتراه من زيد وأقبضه الثمن ، فان كذبهما حلف لها واندفع عنه وان أقر لاحدهما دفع له العين وللآخر احلافه فان نكل وحلف الآخر المذكور غرم له القيمة أو الثمن وكذا ان أقر له بعد اقراره للاول الا أن يصدقه الاول فيدفع العين اليه ، ولو أقر لكل منهما ببعضه متساوياً أو مختلفاً حكم به لهما ، ولكل منهما احلافه ، وان أقر لاحدهما لا على التعيين أو قال لأدري أوسكت جرى عليه حكم دعويين على مال لا يد لاحدهما عليه ، وقد مر في الصورة السابعة . ونقل الجواهر عن كشف اللثام التقارع في الاول وسكت عليه والحق ما عرفته سابقاً .

وان أقر لاحدهما وأقام الآخر البينة دفع المدعي به له وغرم المقر للاول القيمة أو ما أخذه منه لنفوذ اقراره . ولو أقر لهما أو كذبهما أو سكت وأقسام أحدهما البينة قضي له وللآخر احلافه ان ادعى علمه بأن العين كلها له فان نكل دفع الثمن كله وان حلف دفع نصفه لاقراره ، وان أقاما البينة فان اعترف البائع لاحدهما فالحق له مع يمينه لما مر في الصورة السادسة في بعض المسائل المتقدمة وللآخر احلاف البائع ان الغينا بينته مطلقاً وان قلنا بصحتها في خصوص اقباض الثمن فللاخر الرجوع الى أخذه وهذا غير بعيد . وان اعترف لهما يحكم بالتصنيف لهما مع اليمين لما مر في الصورة الثانية ، ويرجع كل منهما على البائع بنصف الثمن . وأما اذا نكل أحدهما وحلف الآخر حكم له بالمال كله وهل هو يستحق نصف الثمن على البائع أو كله ؟ فيه بحث يأتي . وان انكر

عليهما فقد مر الحكم في الصورة الثالثة عشرة وتفصيله ما ذكره السيد الاستاذ^(١) :
وان أقام كل منهما البينة أو لم يقيما جميعاً توجه الحلف الى البائع، فانه المدعي عليه اذا لم تكن بينة أو كانت متعارضة ، فان حلف على عدم البيع من كل منهما سقط حقهما^(٢) وان حلف على عدم البيع من أحدهما سقط حقه خاصة وان نكل ورد الحلف اليهما فان حلفاً معاً قسم المال بينهما نصفين^(٣) فانه اذا كان لكل منهما بينة كان التنصيف بمقتضى تعارض البينتين على ماتقدم وان لم تكن لهما بينة من جهة الحلف القائم مقام البينة وان سكت المدعي عليه اذا دعى جهله بالحال فبعد تساقط البينتين يحكم بالتقسيم بينهما مع اليمين ولا يستحلف المدعى عليه الا اذا ادعى أحدهما أو كلاهما علمه بالحال فيستحلف . فان نكل أحدهما سقط حقه أو كلاهما سقطت الدعوى^(٤) وقدم دليل الفرض في الصورة العاشرة والتاسعة .

هذا كله اذا كان المال بيد البائع وأما اذا كان بيدهما أو بيد أحدهما فيفهم حكمه مما مر هذا هو المناسب بحسب الأدلة لكن في الشرائع وشرحها الكبير^(٥) حكم في فرض تعارض البينتين بالقرعة من دون تفصيل بين اعتراف البائع أو انكاره مطلقاً أو بالنسبة لاحدهما أو سكوته وغيره فحكم لمن أصابته القرعة مع يمينه، ونسبه الى المشهور ، ثم نقل الشارح عن كشف اللثام احتمال الاقسام للتعارض واحتمال التساقط فيحلف الثالث لهما لو اكذبهما ...

(١) ص ٦٨ ج ١ مباني تكملة المنهاج .

(٢) والمراد بالحق هو ثبوت البيع دون الثمن لعدم تعارض البينتين فيهما فيلزم المدعى عليه بردهما عليهما وكذا يجب عليه رد الثمن على أحدهما في الفرض الاتي .

(٣) ويرجعان على البائع بنصف الثمن لأممر .

(٤) وأما رد الثمن فكما مر .

(٥) ص ٤٦٤ ج ٤٠ الجواهر .

ثم قال في الجواهر وشرحها : وعلى كل حال يلزم البائع اعادة الثمن على الآخر لان قبض الثمنين ممكن فتزدهم و تجتمع البيتان فيه بخلاف عقد البيع ، ولو نكل من أخرجه القرعة حلف الآخر ولو نكلا قسمت بينهما ولكن يرجع كل منهما بنصف الثمن الذي دفعاه الى البائع المفروض قبضه للثمنين . أقول : اذا كان حرمان أحدهما أو كليهما عن تمام الحق أو بعضه مستنداً الى ترك اليمين يشكل معه اغرام البائع به وكذا يشكل فسخ البيع بخيار تبعض المبيع نعم اذا كان التبعض غير مستند الى ترك اليمين توجه الخيار المذكور . ولو فسخ أحدهما فهل للآخر أخذ الجميع أم لا فيه وجوه^(١) .

مسألة ٢١٧ : اذا ادعى كل من الشخصين مالا في يد الآخر وأقام كل منهما البينة على ان كلا المالين له حكم بملكية كل منهما مسافي يده مع يمينه ، واستدل على ذلك بذيل موثقة اسحاق السابقة^(٢) .

وفي الجواهر : ومما يتفرع على ذلك انه لو كان المتخاصمان في بعضي الذبيحة المنفصلين كافراً ومسلماً حكم بكون ما يقضي به للكافر ميتة وللمسلم مذكى ، وان كان كل واحد من الجزئين انتزعه من الآخر عملاً بظاهر اليد المعبرة شرعاً ، ولا يقدح في ذلك اليد السابقة بناءً على تقديم بينة الخارج بل لعل ... الحكم كذلك في الجزئين المتصلين ضرورة اتحاد المدرك فيهما . أقول : وفيه نظر .

مسألة ٢١٨ : المنسوب الى المشهور المدعي عليه الاجماع انه اذا تداعى الزوجان متاع البيت فما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للنساء للمرأة وما يصلح

(١) ص ٤٦٦ ج ٤٠ الجواهر .

(٢) ص ١٨٢ ج ١٨ الوسائل .

لهما يقسم بينهما بعد التحالف أو النكول .

وزهب جمع الى حلف كل منهما لصاحبه كثير المتاع مما يتداعى فيه اثنان مثلاً وكان في أيديهما واستدل للمشهور بصحيفة رفاعه عن الصادق عليه السلام: قال اذا طلق الرجل امرأته وفي بيتها متاع فلها ما يكون للنساء وما يكون للرجال والنساء قسم بينهما ، قال: واذا طلق الرجل المرأة فادعت ان المتاع لها وادعى الرجل ان المتاع له ، كان له مال الرجال ولها ما يكون للنساء ^(١) وليس في المسألة غيرها رواية معتبرة سنداً ودلالة يستدل بها اذ رواية يونس لجهالة طريق الشيخ الى ابن فضال ضعيفة وموثقة سماعة مجملّة تقريباً .

أقول العمدة هو ذيل الرواية فنحكم لاجله بأن مال الرجال للزوج ومال النساء للزوجة اذا تداعيا ولم يقيما بينة أو أقاما بينة متساوية وأما تقسيم ما يصلح لهما بينهما فلم أجده عليه دليلاً معتبراً وأما صدر الصحيفة فهو ظاهر - خصوصاً بقرينة ذيلها في بيان الحكم الواقعي دون فرض الترافع والقضاء ولا أدري هل به قائل من الامامية أو لا ؟ فيرجع فيما لهما الى القواعد العامة بل لا يترك الاحتياط مهما أمكن في مدلول ذيل الصحيفة لمكان صدرها .

نعم اذا جرت العادة باهداء المتاع من بيت الزوجة كان القول قولها مطلقاً حتى فيما يخص الرجال تقدماً للظاهر على الاصل حتى يثبت خلافه لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام فلا حظ بطوله ^(٢) .

ولا ادري هل يوجد بما ذكرته من التفصيل قائل ام لا ؟ والله الهادي . وعلى كل مقتضى الاطلاق عدم اشتراط التصرف أو الاستيلاء في الحكم المذكور نعم قيل باعتبار عدم يد الاخر عليه فلو فرض ان المتاع الخاص بالنساء كان في

(١) ص ٥٢٤ ج ١٧ الوسائل .

(٢) ص ٥٢٣ ج ١٧ الوسائل .

صندوق الرجل وتحت يده أو العكس يحكم بملكية ذي اليد .

أقول: اطلاق الرواية يشتمل الفرض، نعم اذا اثبت مع ذلك خروج المتاع عن يد الآخر يحكم له عملاً بالقاعدة بعد انصراف الرواية عنه ولعله مراد القائل وبالجملته مجرد استيلاء يدا حدهما في مال البيت مع عدم احراز عدم يد الآخر لا يوجب الخروج عن اطلاق الرواية فلاحظ والله العالم .

ثم انه لا يتعدى من مورد الرواية الى غيره بل يقدم الاصل على الظاهر في كل مالم يثبت خلافه بدليل معتبر ، ومنه يظهر المنع فيما حكى عن العلامة من انه لو كان في محل عطار ونجار فاختلفا في المتاع حكم لكل بآلة صناعته ولو كان الخياط في دار غيره فتنازعا في الابرة والمقص حكم بهما للخياط لقضاء العادة باستصحابهما معه وهكذا . والاقوى هو الرجوع الى القواعد الاولى .

مسألة ٢١٩: اذا ادعى أبو الزوجة الميتة ان بعض ما عندها من الاموال عارية فالمشهور على توقف اثباته على اقامة البينة حسب القاعدة المطردة وقيل يقبل قوله تخصيصاً للقاعدة لاجل مكتبة جعفر بن عيسى الى الهادي عليه السلام مصرحاً فيها بعدم قبول دعوى زوجها أو والذي زوجها ذلك ^(١).

أقول ضعفها المحقق في الشرايع وصححها سيدنا الاستاذ وهذا هو الظاهر من الجواهر أيضاً . لكن العمدة في اعتبار الرواية وعدمه هو جعفر بن عيسى الذي وثقه الاستاذ بوقوعه في اسناد كامل الزيارات وبورود رواية معتبرة في مدحه لكن الاول لا يوجب التوثيق على ما فصلناه في كتاب الرجال والثاني غير خال عن النظر فان الرواية الواردة وان كانت معتبرة سنداً لكن دلالتها على صداقة الرجل غير واضحة لاحتمال نظارتها الى هداية الرجل بحسب الاعتقاد فلاحظ وتأمل فلا يترك الاحتياط مهما أمكن .

وعلى فرض الاعتماد على الرواية لا يتعدى الحكم الى فرض حياة البنت فلا تسمع دعوى أبيها عارية مافي يدها الا بالبينة اقتصاراً على مورد النص .

مسألة ٢٢٠: اذا قام بينة على ان ما يد في زيد له فأخذه بحكم القاضي ثم اقام زيد البينة على انه كان له بالملك السابق الذي انتزعه منه المدعى، فهل ينقض الحكم ويعاد المال اليه لانه كان ذا يد كما عن الشيخ (بناء على تقديم بينة الداخل وسقوط البينتين وتقديم قول ذي اليد بيمينه كما هو الاظهر ولا ينقض كما ذهب اليه في الشرائع ؟

الصحيح هو الثاني لان الترافع الاول قد زال بالقضاء وهذه دعوى جديدة فيكون زيد مدعياً والمدعى السابق ذو يد منكر .

مسألة ٢٢١: لو ادعى زيد مالا في يد عمرو بكامله وادعى بكر نصفه ولم يصدق عمرو احدهما وأقاما البينة متساوية قضى لمدعى الكل بالنصف المشاع لعدم المزاحم له فيه، وتعارضت البينتان في النصف الاخر فيقرع بينهما ويقضى لمن اصابته القرعة مع يمينه وان نكل حلف الاخر وقضى له ولو امتنع منه قضى بينهما بالتصيف فيكون لمدعى الكل ثلاثة أرباع ولمدعى النصف الربع ، وكذا لو لم تكن لهما بينة ولم يكذبهما ذو اليد متحالفًا .

والاظهر انه لا يتغير الحكم فيما اذا فرض المال بيدهما معاكما يفهم مما سبق فتساقط البينتان ويقسم بالتحالف .

وفي الشرايع في فرض كون العين بيدهما وأقاما البينة: كانت العين لمدعى الكل ولم يكن لمدعى النصف شيء فان نصفاً لانزاع فيه وهو الذي في يد مدعى الكل فلم يبق الا النصف الذي في يد الخصم وبينه ذي اليد لما في يده غير مقبولة ولذا قالوا بتقديم بينة الخارج .

وفيه اولا انه لا دليل على تقديم بينة الخارج خلافاً للمشهور ولا بينة الداخل

خلافاً لبعضهم بل الاقوى تساقطهما والرجوع الى الحلف على نحو سبق .
 وثانياً ان مدعى النصف يدعى النصف المشاع وهو بيدهما جميعاً فبالنسبة
 الى الربع يكون خارجاً فلتقبل بينته .
 وما ذكره ابن الجنيدي من الثلثين و الثلث أيضاً غير مدلل ، وان مال اليه
 صاحب الجواهر ^(١) .

مسألة ٢٢٢: اذا مات مسلم عن ولدين مسبوقين بالكفر واتفقا على تقدم
 اسلام احدهما على موت الاب واختلفا في الاخر فعلى مدعى التقدم الاثبات
 والا كان القول قول الاخير مع حلفه اذا كان منكراً للتقدم . وأما اذا ادعى الجهل
 بالحال فلمدعى التقدم احلافه ان ادعى علمه بما يدعيه .
 ووجه تقديم قول المنكر هو ان استصحاب بقاء كفره الى زمان موت أبيه
 يترتب عليه عدم ارثه منه وأما استصحاب عدم موت أبيه قبل اسلامه فلا يثبت
 به تأخر موت الاب عن اسلام ابنه ليرتب عليه ارثه منه ، ولا يفرق في ذلك بين
 ما اذا كان الاسلام والموت مجهولاً التاريخ أو كان تاريخ احدهما معلوماً والاخر
 مجهولاً على ما ذكره السيد الاستاذ ولا بأس به كما ذكرناه في بعض مباحث
 كتاب الطهارة في شرحنا على العروة الوثقى .

واذا بنينا على عدم جريان الاستصحاب في معلوم التاريخ يقضى بنصف
 التركة بين الولدين فيما اذا كان تاريخ اسلام الابن معلوماً وكان الاختلاف
 في تقدم موت الاب على اسلام ابنه وتأخره عنه ، فانهم بنوا على اصاله تأخر
 الحادث ، فاذا كان اسلام احدهما في شهر شعبان مثلاً وكان اسلام الاخر في
 شهر رمضان وشك في الاب مات قبل دخول شهر رمضان أو بعده ، فقالوا ان
 الاستصحاب لا يجري في معلوم التاريخ ويجرى في المجهول فيحكم بذلك

بتأخر الموت عن الاسلام لكنه كما افاده الاستاذ ضعيف لجريان الاستصحاب في معلوم التاريخ أيضاً .

ومنه يظهر انه لو كان للميت ولد كافر ووارث مسلم فمات الاب وادعى الولد اسلامه قبل موت والده وانكره الوارث المسلم اذ على الولد اثباته .
مسألة : ٢٢٣ اذا كان لامرأة ولد واحد وماتت المرأة وولدها وادعى اخ المرأة ان الولد مات قبل المرأة وادعى زوجها ان المرأة ماتت أولاً ثم ولدها فالنزاع بين الاخ والزوج انما يكون في نصف مال الزوجة لان نصفها الاخر للزوج على كل تقدير .

فان اقام احدهما البينة فهو وان اقاما معا البينة حكم بالتنصيف بينهما مع حلفهما فيكون للاخ ربع التركة ويمكن القرعة لمستحق الحلف بسل مر في ماسبق انه المتعين واذا نكل وحلف الاخر قضى له واذا نكلا معا يقسم النصف المذكور بينهما . وان لم تكن بينة فان حلفا قسم المال بينهما وان حلف احدهما قضى له وان نكلا قيل اقرع بينهما ولكن في الشرايع والجواهر ذكر اما لا يخلو عن التعجب فلاحظ ^(١) .

مسألة : ٢٢٤ لا يشترط في حجية البينة واثبات الحق بها دعوى المدعى سابقاً ولا حقاً للاطلاق فيثبت ملكية الغائب اذا شهدت له البينة، نعم اذا كذبها سقط حقه وان ادعى جهله بالحال جاز له الاخذ بها .

موارد الحبس في الشريعة

مسألة ٢٢٥ دلت روايات على حبس اصناف من الناس واليك ما فزت به عاجلا
اولها حبس الامر بالقتل حبس الابد ، لصحيح زرارة عن الباقر عليه السلام في
رجل امر رجلا بقتل رجل (فقتله) فقال : يقتل به الذي قتله ويحبس الامر بقتله
في الحبس حتى يموت ^(١) .

وفي صحيح اخر عن أمير المؤمنين عليه السلام : وهل عبد الرجل الا كسوطه
أو كسيفه يقتل السيد ويستودع العبد في السجن حتى يموت ^(٢) .

ويمكن الحاق افراد الجند العاديين بالعبيد والقواد العسكريين بالسادة
في هذه الا زمان فيتحصل حبس الامر غير الغالب على المباشر وحبس القاتل
المغلوب على امره وان ذهب المشهور الى خلافه .

ثانيها حبس القاتل المقهور عليه كما عرفته .

ثالثها حبس مخلص القاتل ، لصحيح حريز عن الصادق عليه السلام في رجل
قتل رجلا عمداً فرفع الى الوالي فدفعه الوالي الى أولياء المقتول ليقتلوه فوثب

عليه قوم فخلصوا القاتل من ايدي الاولياء قال: أرى ان يحبس الذين خلصوا القاتل من ايدي الاولياء (أبدأ) حتى يأتوا بالقاتل ، قيل فان مات القاتل وهم في السجن؟ قال : ان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعها الى أولياء المقتول^(١). رابعها المرأة المرتدة ففي صحيح غياث عن الصادق عليه السلام ... اذا ارتدت المرأة عن الاسلام لم تقتل ولكن تحبس أبدأ^(٢) .

وفي صحيح حرير عن الصادق عليه السلام لا يخلد في السجن الا ثلاثة : الذي يمسك على الموت والمرأة تترد عن الاسلام، والسارق بعد قطع اليد والرجل^(٣). وفي موثقة عباد ... وحبست في السجن واضرب بها^(٤) وفي صحيح اخر: وضيق عليها في حبسها^(٥) وفي صحيح اخر^(٦) وتستخدم خدمة شديدة وتمنع الطعام والشراب الا مايمسك نفسها وتلبس خشن الثياب وتضرب على الصلاة. خامسها حبس فاعل الفاحشة لصحيح بن سنان عن الصادق عليه السلام جاء رجل الى رسول الله ﷺ فقال ان امي لاتدفع يد لامس، فقال فاحبسها، قال قد فعلت قال فامنع من يدخلها عليها قال قد فعلت ، قال قيدها فانك لاتبرها بشيء افضل من ان تمنعها من محارم الله^(٧) .

سادسها حبس الممسك للقتل، لصحيح الحلبي عن الصادق قال عليه السلام قال: قضى علي عليه السلام في رجلين امسك احدهما وقتل الاخر؟ قال يقتل القاتل ويحبس

(١) ص ٣٤ ج ١٩ الوسائل .

(٢) ص ٥٤٩ ج ١٨ الوسائل .

(٣) ص ٥٥٠ و ص ٢٢١ ج ١٨ الوسائل .

(٤) (٥) ص ٥٥٠ المصدر .

(٦) ص ٥٤٩ ج ١٨ .

(٧) ٤١٤ ج ١٨

الآخر حتى يموت غماً كما حبسه حتى مات غماً^(١) وقريب منه موثقة سماعة ومحمد بن قيس وصحيحة الصدوق الى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام.
 سابعها حبس المتهم بالقتل لرواية السكوني وفي سندها النوفلي عن الصادق عليه السلام ان النبي صلى الله عليه وآله كان يعبس في تهمة السدم ستة ايام فان جاء اولياء المقتول بثبت والاخلى سبيله^(٢).

ثامنها وتسعها وعاشرها حبس الغاصب والخائن واكل مال اليتيم، لصحيح زرارة عن الباقر عليه السلام كان على لا يعبس في الدين الا ثلاثة الغاصب ومن اكل مال اليتيم ظلماً ومن ائتمن على امانة فذهب بها وان وجد له شيئاً باعه غائباً كان أو شاهداً^(٣).

حادي عشرها حبس المديون لصحيح غياث عن الصادق ... ان علياً كان يعبس في الدين فاذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا .
 ثاني عشرها من يجرى عليه الحد ففي رواية ابي مريم في امرأة اقترت أربع مرات بالزنا ... ثم امر أمير المؤمنين عليه السلام بها فحبست وكانت حاملاً ... وفي رواية اخرى نقلها المفيد في ارشاده . . . ثم قال فما اصنع بهما يا أبا الحسن ؟ قال احتط عليها حتى تلد^(٤).

ثالث عشرها حبس السارق للمرة الثالثة بعد قطع اليد والرجل فانه يخلد في السجن حتى يموت تدل عليه جملة من الروايات^(٥).

(١) ص ٣٥ ج ١٩ .

(٢) ص ١٢١ ج ١٩ .

(٣) ص ١٨١ ج ١٨ .

(٤) ص ٣٨١ ج ١٨ .

(٥) ص ٤٩٢ المصدر .

رابع عشرها حبس الذي يمثل للمرسلة عن الصادق عليه السلام : لا يخلص في السجن الا ثلاثة الذي يمثل ...

وعن المجلسي تفسير التمثيل بعمل الصور والتمثال أو التنكيل والتشويه بقطع الانف والاذن والاطراف .

خامس عشرها حبس المولي في الجملة ففي صحيح أبي بصير عن الصادق عليه السلام الايلاء هو ان يحلف الرجل ... وان رفعته الى الامام انظره أربعة أشهر ، ثم يقول له بعد ذلك ترجع الى المناكحة وأما ان تطلق فان ابي حبسه ابداً ^(١) .

سادس عشرها حبس شاهداً الزور ففي صحيح غياث ان علياً كان اذا اخذ شاهد زور فان كان غريباً بعث به الى حيه وان كان سوقياً بعث الى سوقه فطيف به ثم يحبسه اياماً ثم بخلى سبيله ^(٢) .

سابعشرها حبس الكفيل حتى يحضر المكفول يدل عليه روايات بعضها معتبر سنداً ^(٣) .

ثامن عشرها وتاسع عشرها والعشرون حبس العلماء الفساق والاطباء الجهال والاكرباء المفاليس كما في رواية السكوني ^(٤) ولهذه الموارد احكام وتفصيلات ذكرنا بعضها في حدود الشريعة في واجباتها في حرف الحاء المهمة .

خاتمة

في صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام : على الامام ان يخرج المحبسين

(١) ص ٥٤١ ج ١٥ من الوسائل .

(٢) ص ٢٤٤ ج ١٨ .

(٣) ص ١٥٦ ج ١٣ .

(٤) ص ٢٢١ ج ١٨ .

في الدين يوم الجمعة الى الجمعة ويوم العيد الى العيد فيرسل معهم فاذا اقضوا الصلوة والعيد ردهم الى السجن^(١) ربما يظهر منه الفسحة لهم يوم العيد لزيارة الاهل والاقارب الا ان يراد بالعيد صلاته لكنها بعيدة ويلحق بالصلاة الحج الواجب .

مسألة ٢٢٦: يجوز للحاكم الشرعي حبس بعض أفراد أخرى عند المصلحة ولكن في اطالة مدة الحبس كما هو المتعارف اليوم نظر أو منع .

فايدة

قلنا بعدم جواز نقض حكم القاضي حتى للقاضي الاخر في الجملة ، فلا تمييز ولا استيناف في القضاء الاسلامي في غير مامرّ بحثه .

لكن يمكن للحكومة الاسلامية حل الدعاوي في مرحلتين ولو في خصوص المهمات كالقتل ونحوه .

المرحلة الاولى ارجاع الدعاوي الى قضاة يستنطقون ويحققون الدعاوي والشكاوى ثم يظهرون آرائهم في تشخيص المحق من المبطل ولكن لا ينشئون الحكم ولا يقضون قضاء فاصلاً حاسماً .

المرحلة الثانية ارجاعها الى قضاة يصدر عن الحكم الحاسم الفاصل . ويمكن تثليث المراحل بان تكون المرحلة الثانية أيضاً لاكمال التحقيق . والمرحلة الثالثة لانشاء الحكم والقضاء .

تم كتاب القضاء بتمام ما اردت من بيان معظم مسائله والله الحمد .

(١) ص ٢٢١ ج ١٨ من الوسائل وفي اخرها : حبس الامام بعد الحد ظلم .

كتاب الشهادات

مسألة ١ : يشترط في الشاهد امور :

اولها - البلوغ، بلاخلاف منقول عن احد حتى في المميز ففي صحيح محمد بن حمران قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن شهادة الصبي ؟ قال: فقال: لا ، الاّ القتل يؤخذ بأول كلامه ولا يؤخذ بالثاني^(١) .

وفي موثقة السكوني عن الصادق عن أبيه عن علي عليه السلام ان شهادة الصبيان اذا شهدوا وهم صغار جازت اذا كبروا ما لم ينسوها...^(٢) ومفهومهما عدم الجواز اذا لم يكبروا وكذا مفهوم صحيحة محمد بن مسلم^(٣) ومقتضاها بطلان شهادة غير البالغ في غير القتل وقبولها في القتل للرواية الاولى وصحيح جميل عن الصادق عليه السلام ... نعم في القتل يؤخذ بأول كلامه ولا يؤخذ بالثاني منه^(٤) .

وفي موثقة عبيد عن الصادق عليه السلام جواز شهادة الصبي والمملوك في الامر

(١) (٤) ص ٢٥٢ ج ١٨ الوسائل .

(٢) ص ٢٥٧ ج ١٨ .

(٣) ص ٢٥١ المصدر .

الدون وعدمه في الامر الكبير^(١) لكن لأدري هل به قائل أم لا .

ثم ان الشهيد الثاني نقل عن جماعة الاتفاق على عدم قبول شهادة من دون العشرة حتى في الدم وان كان صاحب الجواهر لم يتحقق الاتفاق المذكور والظاهر انه لعدم التمييز أضعفه . فلوا كفى بالتمييز كان اجود وفي الجواهر استظهار اختصاص الحكم من النص والفتوى بالصبيان دون الصبية الباقية على مقتضى الاصول والعمومات الدالة على عدم قبول شهادتها^(٢) لكنه لم يبين العمومات المذكورة^(٣) ولعلها مادل على اعتبار عدالة الشاهد أو مادل على براءة ذمة المتهم بالقتل .

يقول المحقق في الشرايع: والتهجم على الدماء بخبر الواحد خطر فالاولى الاقتصار على القبول في الجراح بالشروط الثلاثة بلوغ العشر وبقاء الاجتماع اذا كان على مباح تمسكاً بموضع وفاق .

أقول: كان اللازم عليه ان تقيده بأول كلامهم فانه مختار جماعة، ويدل عليه الصحيحتان المتقدمتان . وفي اللعة : الا في الجراح بشرط بلوغ العشر وان يجتمعوا على مباح وان لا يفرقوا بعد الفعل المشهود به والاقوى عدم اعتبار الشروط الثلاثة لعدم الدليل عليها بل لا يثبت الجراح بشهادتهم أصلاً فان المستثنى هو القتل وحده .

(١) ص ٢٠٣ ج ١٨ قيل انها مشتملة على ما هو مقطوع البطلان من عدم جواز شهادة المملوك في الكبير .

(٢) ص ١٤ ج ٤١

(٣) في رواية المروزي عن الرجل عليه السلام : اذا تم للغلام ثمان سنين فجاز امره ... واذا تم للجارية سبع (تسع خ ل) سنين فكذلك ومفهومها عدم جواز أمر الصبي والصبية قبل البلوغ لكنه كما ترى فان الرواية ضعيفة سنداً ودلالة لاحظها وسائر الروايات الواردة في اشتراط البلوغ في ص ٣٥٠ الى ص ٣٥٥ ج ١ جامع احاديث الشيعة .

ثم ان اثبات القتل بشهادة الصبيان اما لاجل جواز القصاص أو الدية أو لاثبات الدية فقط وان قل المصرح به كما يقول صاحب الجواهر بعد اختياره أما الاول فلا أدري كمية القائلين به وان نسبه سيدنا الاستاذ الى الشهرة العظيمة، لكنني فيه من المتوقفين واما ثبوت الدية بها فالالتزام به غير ممنوع وان كان الاحوط التصالح .

واعلم ان العدالة لا يتحقق في الصبي لعدم التكليف الموجب للقيام بها من جهة التقوى كما ذكر في شرح اللمعة .

ثانيهما العقل بل الرشد وعدم السفاهة لبناء العقلاء على عدم الاعتناء بشهادة السفهاء وكذا من يغلب سهوه على ذكره الا اذا استظهر عليه واطمئن القاضي بعدم غفلته ونسيانه .

(ثالثها الاسلام) كما هو مورد الايات المشار اليها في الشرط الاتي وفي صحيح عبدة عن الصادق عليه السلام: تجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل ولا تجوز شهادة أهل الذمة (الملل) على المسلمين .

وفي موثقة سماعة قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شهادة أهل الملّة قال فقال: لا تجوز الا على أهل ملّتهم^(١) ويظهر من جملة الروايات انه من المفروغ عنه بين الرواة ولذا يسئلون عن شهادة الكافر بعد اسلامه^(٢) وقد استثنى منه ما في قوله تعالى: يا ايها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان انتم ضربتم في الارض (المائدة ١٠٦) .

وعلى الجملة لا اشكال في اعتبار اسلام الشاهد اذا كان المشهود عليه مسلماً

(١) ص ٢٨٤ ج ١٨ الوسائل .

(٢) ص ٢٨٥ المصدر .

وكذا اذا كان غير مسلم عند المشهور ولاجله تطرح الموثقة المتقدمة^(١) لكن الاقوى جواز شهادة أهل كل ملة على ملتهم استناداً الى الموثقة المذكورة .
(رابعها) الايمان وعن جمع دعوى الاجماع واحتمل الجواهر كونه ضروري المذهب في هذا الزمان ثم شرع في الاستدلال، وخرج عن حد الانصاف ووصف كلام الشهيد الثاني بماله من المتانة والوضوح بمخالفة ظاهر الشريعة وباطنها وكل ما ذكره من الوجوه غير مفيد لما يرويه^(٢) فرحمة الله عليه وعلى الشهيد الثاني وجميع علمائنا الابرار .

وذهب سيدنا الاستاذ الى التفصيل فقال ان غير المؤمن ان كان مقصراً في ما اختاره من المذهب فلا اشكال في انه فاسق أشد الفسق فلا يكون خيراً مرضياً وعادلاً كي تقبل شهادته واما اذا كان قاصراً فمقتضى اطلاقات عدة من الروايات قبول شهادته^(٣) منها صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: لو كان الامر الينا لاجزنا شهادة الرجل اذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس^(٤) وصحيحه الاخرى عنه عليه السلام في الذمي والعبد يشهد ان على شهادة يسلم الذمي ويعتق العبد أتجوز شهادتهما على ما كانا اشهدا عليه ؟ قال: نعم اذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما^(٥) .

(١) ص ٢٤ ج ٤١ الجواهر .

(٢) والتعرض لبيان كلامه ونقده يوجب التطويل ولا أرضى به فلاحظ كلامه (قده)

في ص ١٦ الى ص ١٩ ج ٤١ من الجواهر .

(٣) لا اشكال في ان الغالب المعظم من المخالفين في اصول الدين قاصرون وتحقيق

ذلك المذكور في الجزء الاول من صراط الحق .

(٤) ص ٢٩١ ج ١٨ .

(٥) ص ٢٨٥ ج ١٨ .

ثم جعل محل البحث فيما اذا كان المشهود عليه مؤمناً أو اذا كان غير مؤمن فاستظهر قبول شهادته في حقه بقاعدة الالتزام ولعله على ذلك كانت سيرة أمير المؤمنين عليه السلام في قضاياه ومن المطمئن به ان الاجماع على اعتبار الايمان في الشاهد لو تم لا يشمل المقام ^(١).

أقول مضافاً الى اطلاق الروايتين المتقدمتين وغيرها من الروايات كصحيح صفوان ^(٢) ومحمد بن حمران ^(٣) وصحيح محمد بن مسلم ^(٤) وموثقة السكوني ^(٥) ونحوها تدل عليه صحيحة عبدالله بن المغيرة عن الرضا عليه السلام ... كل من ولد على الفطرة وعرف بالصلاح في نفسه جازت شهادته ^(٦) وكذا رواه الحميري صحيحاً عن البرنطسي عنه عليه السلام ^(٧) وتدل عليه أيضاً حسنة احمد الاتية ، بل يدل عليه اطلاق الايات الكريمة أيضاً ^(٨) وأما اذا كان المخالف مقصراً فيمكن ان نستدل على عدم اعتبار شهادته بصحيحة محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام في حديث ان علياً عليه السلام قال: لا قبل شهادة الفاسق الا على نفسه ^(٩).

وصحيحة بن سنان: قلت لابي عبدالله عليه السلام ما يرد من الشهود؟ قال فقال: الظنين والمتهم قال: قلت فالفاسق والخائن؟ قال ذلك يدخل في الظنين. ومثله صحاح بن خالد وأبي بصير والحلي في الدلالة على عدم قبول شهادة

(١) ص ٨١ ج ١ مباني تكملة المنهاج .

(٢) (٣) ص ٢٨٥ ج ١٨ .

(٤) ص ٢٨٦ .

(٥) ص ٢٩٠ .

(٦) ص ٢٩٥ (٧) ٢٩٥ .

(٨) البقرة ٢٨٢ النساء ١٥ - الطلاق ٢ - المائدة ١٠٦ .

(٩) ص ٢٩١ ج ١٨ .

الفاسق ^(١) .

مسألة ٢: تقبل شهادة المسلم على غير المسلم ولا تقبل شهادة غيره عليه لروايات منها صحيحة أبي عبيدة عن الصادق عليه السلام تجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل ولا تجوز شهادة أهل الذمة (الملل) على المسلمين وموثقة سماعة وصحيح ابن مسلم ^(٢) ولا خلاف ظاهراً في المسألة .

مسألة ٣ - انما يصح شهادة غير المسلمين عليهم في الوصية اذا كان الموصي في أرض غربة وسفر ولم يوجد فيها مسلمين لحسنة أحمد بن عمر قال سألت عنه عن قول الله عز وجل (ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم) قال : اللذان منكم مسلمان ، واللذان من غيركم من أهل الكتاب فان لم يجد من أهل الكتاب فمن المجوس ^(٣) لان رسول الله صلى الله عليه وآله قال سنوا لهم سنة أهل الكتاب وذلك اذا مات الرجل بأرض غربة فلم يجد مسلمين يشهدهما فرجلان من أهل الكتاب .

وفي صحيح هشام عنه عليه السلام ... اذا كان الرجل في أرض غربة ولا يوجد فيها مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم في (على) الوصية .

مسألة ٤ - لافرق في ذلك بين الوصية بالمال وبالولاية - أي الوصاية - للاطلاق ولا يقيد بما في موثقة سماعة ^(٤) لعدم التنافي .

مسألة ٥ - مقتضى اطلاق صحيح ابن مسلم عدم اعتبار كون الشاهدين من غيرنا من أهل الكتاب فضلاً عن كونهما من أهل الذمة كما نقل عليه (أي

(١) ص ٢٧٤ و ص ٢٧٥ ج ١٨ الوسائل

(٢) ص ٢٨٤ و ص ٢٨٥ ج ١٨

(٣) يظهر من الرواية ان المجوس ليسوا من أهل كتاب وان يعامل معهم معاملة أهل الكتاب لكن الحسنة مضمرة يشكك الاعتماد عليها.

(٤) ص ٢٨٧ ج ١٨ من الوسائل .

على (الاخير) الاجماع. لكن لا يبعد ظهور الحسنة في كونهما كتابيين أو مجوسيين وعدم كونهما ملحدين غير معتقدين بشريعة ما وهذا هو الاحوط وان كانت الحسنة مضمرة .

مسألة ٦ - نقل عن الأكثر عدم اعتبار السفر وأرض غربة في صحة الوصية لاطلاق بعض الروايات المقيدة بما مر وفقاً لجماعة ، والعجب من المحقق (ره) في الشرائع حيث يقول ولا يشترط كون الموصي في غربة وباشتراطه رواية مطرحة ، ولم يعلم وجه اطراحه !

مسألة ٧ - الظاهر اعتبار سائر شروط الشاهد في المقام فان المنفي بالاية والروايات هو خصوص شرط الاسلام لا غيره، نعم ربما يشعر الاية بعدم اعتبار العدالة فيهما فلا حظ (المائدة ١٠٦) .

مسألة ٨ - اذا حصل الريب في شهادتهما يحلفان بما في الاية الشريفة في سورة المائدة

مسألة ٩ - الظاهر اعتبار شاهد عدل منا وشاهد من غيرنا لان المسلم ليس بأقل من كافر .

مسألة ١٠ - مقتضى موثقة سماعة المتقدمة عدم صحة شهادة أهل كل ملة على أهل غير ملتهم لكن اذا لم يوجد الشاهد من ملتهم جازت شهادة غير ملتهم لصحيح الحلبي ^(١) ولذيل الموثقة نفسها في خصوص الوصية ^(٢) لكن قيل ان المشهور لم يقبلوا شهادة غير المسلمين مطلقاً الا في خصوص الوصية . والله العالم . ووصف الشهيد الثاني في شرح اللمعة الرواية بالضعف وهو من مثله عجيب . (خامسها) العدالة كتاباً وسنة مستفيضة أو متواترة واجماعاً بقسميه كما في الجواهر فان قلت: الثابت في القرآن اعتبار العدالة في الشهادة على الوصية ومفارقة الزوجة

(المائدة ١٠٦ - الطلاق ٢) ولا قرينة فيه تدل على عموم الاعتبار ؟

قلت : اعتبارها في الوصية المبنية على التوسعة حتى يقبل فيها شهادة غير المسلم يستلزم اعتبارها في غيرها بطريق أولى وكيف يمكن الالتزام بعدم ثبوت الوصية بشهادة رجلين غير عدلين وثبوت الزواج والقتل ودعوى المال بشهادتهما؟ كما ذكره بعض الاساتيد .

وربما يظهر من بعض الروايات المعتبرة قبول شهادة غير معروف الفسق لكنه لا قائل بها ظاهراً وبالجملة هذا الشرط عند الاصحاب معتبر فلامجال للبحث في مداليل الروايات مفصلاً نعم مر عدم اعتبارها في الصبيان الشهداء على القتل ويشكل اعتبارها في القابلة فان القوابل غالباً غير عادلة مع انه قد ورد قبول شهادتهن في الولادة كما يأتي .

مسألة ١١ - لا تقبل شهادة القاذف مع عدم اللعان أو البينة أو اقرار المقذوف بالاخلاف بل الاجماع بقسميه عليه مضافاً الى الكتاب والسنة المستفضية كما قيل: قال الله تعالى : واللذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً أولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحو فان الله غفور رحيم (النور - ٤ - ٥) .

ثم ان قلنا برجوع الاستثناء الى الجملتين معاً دون الاخيرة فلا بد من اعتبار التوبة والاصلاح معاً في قبول شهادته وقد تكلمنا حول الاصلاح المذكور في الاية وأمثالها في بحث التوبة من كتابنا (حدود الشريعة في واجباتها) في مادة التوبة ، ولا يبعد تفسير الاصلاح باكذاب القاذف نفسه كما يستفاد من صحيح ابن سنان قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المحدود اذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال: اذا تاب وتوبته أن يرجع مما قال ويكذب نفسه عند الامام وعند المسلمين،

فاذا فعل فان على الامام أن يقبل شهادته بعد ذلك ^(١) وقد وردت روايات بذلك في خصوص القذف أيضاً .

اذ لو كان المراد غيره لبيته الامام ولا بعد في ادراج الاصلاح في التوبة واطلاقها عليه .

مسألة ١٢ - لاتقبل شهادة السائل بكفه لصحيح محمد بن مسلم وعلي ابن جعفر ^(٢) وعلمه الباقر عليه السلام بقوله: لانه لا يؤمن على الشهادة وذلك لانه ان أعطى رضى وان منع سخط .

والمناط الصدق العرفي فلو سئل لضرورة نادرا لم يقدح في شهادته لعدم صدق الاسم عليه عرفاً والظاهر هو الاعتماد على عموم التعليل ، لا يقال قد يفرض كون مثله عادلا مقيداً بوظيفته الشرعية فانه يقال انه فرض نادر والغالب الاغلب عدم حصول العدالة لمثل هؤلاء الاشخاص نعم لو فرض عدالته وأمانته بحيث لا يرضى بعبء ولا يسخط بمنع قبل شهادته لكنه فرض نادر بل لعله غير واقع .

(سادسها) طهارة المولد لجملة من الروايات وفيها الصحاح ^(٣) واشتراطها مشهور بل ادعى عليه الاجماع فلا تقبل شهادة ولد الزنا واما اذا شك في تولده من زنا فتقبل شهادته للعمومات بعد نفي العنوان المذكور بالاصل واما اذا حرز الفراش فالامر أوضح .

وفي رواية : الا في الشيء اليسير اذا رأيت منه صلاحاً .

(١) ص ٢٨٣ ج ١٨ من الوسائل

(٢) ص ٢٨١ المصدر

(٣) ص ٢٧٦ - ٢٧٧ ج ١٨ من الوسائل .

بحث وتحقيق حول رد شهود

مسألة ١٣: دلّت روايات على رد شهادة اصناف ففي صحيحة عبدالله بن سنان قلت لابي عبدالله عليه السلام ما يرد من الشهود فقال الظنين والمتهم قلت فالفاسق والخائن؟ قال: ذلك يدخل في الظنين .

ومثله صحيح سليمان بن خالد الا انه ذكر الخصم مكان المتهم^(١) .
ومثله أيضاً صحيحة أبي بصير الا انه ذكر فيه الظنين والمتهم والخصم
ومثله صحيح الحلبي^(٢) وفي موثقة سماعة قال سألته عما يرد من الشهود، قال
المريب والخصم والشريك ودافع مغرم والاجير والعبد والتابع والمتهم. كل
هؤلاء ترد شهادتهم^(٣) .

أقول: واليك بعض ما يتعلق بهذه المذكورات .

١ - الظنين: لايراد به ظاهراً من يظن به سوء لانه حرام في الجملة ولعل
الاحسن تفسيره بفاقد العدالة بقرينة ادراج الفاسق والخائن فيه .
٢ - المتهم ، والقدر المتيقن منه بعد النص والاجماع على عدم مانعية
مطلق التهمة عن الشهادة من لم يثبت عدالته فلايستفاد منها شرط زايد على
العدالة كما يظهر من جمع من الفقهاء وفسرها في شرح اللمعة بجر النفع ودفع
الضرر بالشهادة .

٣ - المريب، ولاينبغي التردد في رجوعه الى الظنين أوالمتهم .

(١) ص ٢٧٤ المصدر .

(٢) ص ٢٧٥ .

(٣) ص ٢٧٨ ج ١٨ .

٤ - الخصم ويمكن ان نفسره بالمدعي فمن يكون مدعياً في الجملة لا تقبل شهادته كشهادة صاحب الدين للمحجور عليه بمال فافهم وكشهادة أحد الشريكين لشريكه الآخر في المال المشترك ويمكن ان نفسره بالعدو فلا يقبل شهادة العدو على عدوه كما هو المشهور المدعى عليه الاجماع بقسميه^(١) وان لم تكن العداوة محرمة^(٢) وأما شهادة العدو لعدوه فلا مانع منه جزماً ويمكن أن نفسره بكل منهما .

واما في غير هذين الموردين فلا سبيل لنا الى الاستدلال بالعنوان المذكور فتأمل في المقام جيداً .

٥ - دافع المغرم ويصح ان نفسره بما اذا صار مدعياً أو منكراً فلا تقبل شهادته كشهادة أحد العاقلة بجرح شهود الجنابة .

مسألة ١٤ : اذا شهد شاهدان بوصية أحد لزيد بمال وشهد شاهدان من الورثة برجوعه عنها ووصيته لعمرو ففي قبول الشهادة على الرجوع أقوال ثالثها التفصيل بين ما كان المال بيد الورثة أو مشاعاً وبين ما كان خارجاً عن يدهم فتقبل شهادة الورثة على الثاني ولانقبل على الاول لان الموصى له مدع للمال الموجود في أيديهم أو مدع للشركة معهم في المقدار الموصى به فيكون الورثة من الغريم ولانقبل شهادة الغريم كما في تكملة المنهاج ص ١٦٤ ج ١ .

٦ - الشريك وفي صحيح ابان عن الصادق عليه السلام في شريكين شهد أحدهما

(١) ص ٧٠ ج ٤ الجواهر والمراد العداوة الدنيوية واما العداوة الدينية فلا تمنع

فتقبل شهادة المسلم على الكافر .

(٢) كما اذا لم نقل بحرمة بغض المؤمن على ما ذكرناه في حدود الشريعة في

محرماتها في حرف الباء أو كانت العداوة قهرية أو على سبيل الانتصار والانتقام ونحو ذلك .

لصاحبه قال: تجوز شهادته الا في شيء له فيه نصيب^(١) .

ومنه يظهر سريان المنع في مطلق من له نصيب في المشهود به وان لم يكن شريكا ، نعم لايسرى في مطلق جلب النفع كما اذا شهد لمعيله الفقير بالمال بل في خصوص ما يكون الشاهد مدعياً في الحقيقة .

وفي الجواهر : بل ظاهر النص والفتوى بطلانها حتى بالنسبة الى حصة الشريك وان قلنا بتبعض الشهادة في غيره ...
ماأفاده مطابق لصحيحة ابان كما لا يخفى .

٧ - الاجير، يستفاد مانعته من صحيحة صفوان^(٢) وغيرها اما ضعيف سنداً واما غير ظاهر دلالة . واليها ذهب أكثر القدماء، والمنقول عن المشهور بين المتأخرين الجواز .

٨ - العبد: اختلفت في قبول شهادته وردها الروايات والاقوال والافوى القبول مطلقا لكن المسألة لخروجها عن محل الابتلاء لاتستحق البحث .

٩ - التابع، ولا ادري هل به قائل أم لا ؟ ويمكن ان نجعل هذا دليلا على ضعف مضمرة سماعة والله العالم .

١٠ - الوصي فيما هو وصى فيه، وفي الجواهر^(٣) وأما الوصي بل والوكيل فالمشهور عدم قبول شهادتهما فيما له الولاية عليه بل في الرياض انها شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً كما هو ظاهر جماعة فانهما خصمان ولصحيح محمد ابن يحيى : كتب محمد بن الحسن يعنى الصفار الى أبى محمد عليه السلام هل تقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل ؟ فوقع : اذا

(١) ص ٢٧٢ ج ١٨ الوسائل .

(٢) ص ٢٧٣ ج ١٨

(٣) ص ٦٧ ج ٤١ .

شهد معه آخر عدل فعلى المدعي اليمين...^(١) فانها ظاهرة في عدم الاعتماد بشهادة الوصي والا فلا حاجة الى ضم اليمين الى شهادة رجل آخر فالمتحصل من الرواية ان شهادة الوصي ساقطة وانما يثبت حق الميت بشاهد ويمين كما قاله الاستاذ .

أقول : الظاهر دلالة الرواية على قبول شهادة الوصي مع غيره وأما اعتبار اليمين فلعله لا قائل به من الاصحاب ، وليس معنى الرواية ما ذكره الاستاذ والا لمنع من شهادة الوصي حتى على ما لا يرتبط بالوصية عملاً باطلاق الصحيحة وهو كما ترى .

هذا مع قصر النظر الى صدر الرواية المذكورة وأما بالنسبة الى ذيلها فاستدلال الاستاذ بالصحيحة باطل جزماً بل وعلى عكس مدلولها الصريح في قبول شهادة الوصي واليك بقية الرواية : وكتب أيجوز للوصي أن يشهد لو ارث الميت صغيراً أو كبيراً وهو القابض للصغير وليس للكبير بقابض فوقع نعم وينبغي للوصي أن يشهد بالحق ولا يكتم الشهادة وكتب أو تقبل شهادة الوصي على الميت مع شاهد آخر عدل ؟ فوقع : نعم من بعد يمين^(٢) الرواية نص في جواز الشهادة حتى للموصي عليه أي فيما يرجع الى الوصية وبها يقيد اطلاق ما دل على منع شهادة الخصم ان شمل المقام .

وأما الوكيل فان صدق عليه المدعي والخصم عرفاً فلا تقبل شهادته والا فلأمانع منها أيضاً .

قال صاحب الجواهر^(٣) : لا ينبغي التأمل في ذلك (أي منع شهادة الوصي والوكيل) مع فرض الاجرة لهما على التصرف في المشهود عليه بل مطلقاً

(١) (٢) ص ٢٧٣ ج ١٨ الوسائل .

(٣) ص ٦٧ و ص ٦٨ ج ٤١ .

إذا كانا مدعين .. كالولي الاجباري على المولى عليه ضرورة اندراجهما في قوله (ص) البيئة على المدعي .

ثم قال بعد ذكر الصحيحة : ويمكن حملها على قبول شهادة الوصي اذا كان المدعي للميت أحد ورثته ... فليس الوصي حينئذ مدعياً بل الوارث وان كان بعد الثبوت يتعلق به حق الوصاية ... ولو فرض تعدد الاوصياء فادعى أحدهم وشهد الاخر مثلاً فيمكن القبول أيضاً وأقوى منه قبول الوكيل مع فرض عدم كونه مباشراً للدعوى ، بل ولا هو وكيل فيها ولكنه وكيله على بيع المال مثلاً الذي عليه الدعوى بل ولو فرض تعدد الوكلاء على الدعوى وقام بذلك أحدهم وشهد الاخرون كان القبول أيضاً لا يخلو من قوة .

اذا عرفت هذا فنذكر بقرينة شرايط الشهادة والشهود على أساس هذه المطالب فنقول سابعها عدم الخصومة فلا يقبل شهادة الخصم على خصمه وان تقبل لخصمه . ثامنها عدم صيرورته مدعياً كما اذا كان له نصيب في المشهود عليه أو أراد دفع ضرر عنه .

مسألة ١٥: اذا شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم فانتقل المشهود به اليهما فانه لم يحكم به بلاخلاف بجده بعضهم (ص ٢١٩ ج ٤١ من الجواهر) وعن المسالك اتفاق الجميع عليه ولولاه لا يمكن فيه المناقشة فلاحظ .

مسألة ١٦: لا تمنع القرابة النسبية من قبول الشهادة بلاخلاف ظاهر، وانما المختلف فيه شهادة الولد على والده حيث نقل عن المشهور عدم قبولها والا أقوى هو القبول وفاقاً لبعضهم للاطلاقات وضعف الوجوه المانعة قال الله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين (النساء ١٣٥) وكذا تقبل شهادة الزوجة والزوج^(١).

(١) لاحظ الروايات الدالة على هذه المسألة في ص ٢٦٩ وص ٢٧١ ج ١٨ لكن ←

مسألة ١٧ : انما يعتبر الشروط المذكورة حين الاداء لاحين التحمل فلو تحمل الفاقد لبعضها أو معظمها ثم صار جامعاً له صحت شهادته ، على القاعدة مضافاً الى دلالة جملة من الروايات عليه .

مسألة ١٨ : لايبعد قبول شهادة المتبرع بها في حقوق الله ، بل حقوق الناس وان كان المنقول المشهور عدمه فيها وذلك للاطلاقات وعدم المقيد المعبر ، لكن الاحوط عدم الاكتفاء بالمتبرع بها في حقوق الناس واعادتها بعد مطالبة الحاكم أو المشهود له أو المشهود عليه لدعوى الاجماع عليه .

مسألة ١٩ : قيل لاتقبل شهادة الوصي والوكيل بجرح شهود المدعي على الموصى والموكل ضرورة كون الجراح في الجميع هو المدعي عليه ، وقيل لاتقبل شهادة الوارث على ان فلاناً جرح مورثه فانه يثبت الدية لنفسه أو القصاص ان شهد بعد الموت أو قبله والجراح لم تندمل مع احتمال السريان عادة أو نص الشاهد باحتمال السريان وان لم يسر ولم يستوعب الدين تركته التي منها الدية ان قلنا بتعلق حق الديان بأعيانها (ص ٦٩ ج ٤١ الجواهر) .

مسألة ٢٠ : المنقول عن المشهور عدم قبول شهادة بعض الرفقاء لبعض على القاطع عليهم الطريق لغير محمد بن الصلت المنجبر بالشهرة وللتهمة بتحقيق مقتضى العدواة الدنيوية وقيل بالقبول .

مسألة ٢١ : اذا سمع الاقرار أو سمع اثنين يوقعان عقداً مثلاً أو شاهد الغصب صار شاهداً وان نهاه المشهود له عن الشهادة ، وهل يجب عليه الشهادة مطلقاً أو في خصوص فرض الشهادة من قبل المشهود له والمشهود عليه كما

— الاحوط في قبول شهادة الزوجة ضم شهادة غيرها فلا يثبت بشهادتها وحدها لزوجها في الوصية رباعاً خلافاً للسيد الاستاذ .

قبل ذكرنا في حدود الشريعة في محرماتها تفصيل الموضوع^(١).

ولصاحب الجواهر تفصيل آخر حيث قال بعد نقل الروايات المفصلة :

ولعل الفرق حينئذ بين من أشهد ومن لم يشهد الوجوب على الاول الا أن يعلم قيام الغير على حسب غيره من الواجب الكفائي الذي قد يكون عيناً بالعرض وعدم الوجوب أصلاً على الثاني الا أن يعلم ظلم المشهود عليه للمشهود له بانكار حقه مثلاً^(٢).

واليك موثقة ابن مسلم عن الباقر عليه السلام : اذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار ان شاء شهد وان شاء سكت الا اذا علم من الظالم فيشهد ولا يحل له الا أن يشهد^(٣).

والاحوط وجوب الشهادة مطلقاً عملاً باطلاق الايات الكريمة .

عاشرها العلم ولا يكفي الظن والاحتمال لصحة الشهادة وجوازها لانها اخبار عن ثبوت شيء وهو غير جائز بغير علم كما ذكرنا في (حدود الشريعة في محرماتها في « الجزء الثاني ») بل ظاهر غير واحد ان العلم مأخوذ في مفهوم الشهادة فلا يترتب على الشهادة غير العلمية آثارها .

يقول الراغب في مفرداته الشهود والشهادة الحضور مع المشاهدة أما بالبصر أو بالبصيرة... والشهادة قول صادر عن علم حصل بمشاهدة بصيرة أو بصر . وفي الجواهر : كما ان من المعلوم عندهم خروج الشهادة عن المعنى اللغوي الذي هو بمعنى الحضور اذ قد عرفت تعريفهم لهما بالاخبار الجازم ، بل الظاهر عدم اعتبار كون العلم بالحواس الخمس فيها ضرورة صدق العلم

(١) لاحظ مادة الالباء في أول الجزء الاول ومادة الكتمان في الجزء الثاني منه .

(٢) ص ١٣١ ج ٤١ .

(٣) ص ٢٣٢ ج ١٨ الوسائل .

المعتبر فيها مع الحاصل منها ومن غيرها لكن عن كشف اللثام بعد الميل الى كفاية مطلق العلم: الا ان ظاهر كلمة الاصحاب الاطباق على الحكم المذكور (اعتبار المشاهدة والسمع) فان تم حجة والا فالرجوع الى العموم أولى .

يقول السيد الاستاذ في دعم هذا القول : والعالم بثبوت شيء وان كان يجوز له الاخبار عنه الا انه لا يكفي في الشهادة وترتب أثرها عليه، لان الشهود بمعنى الحضور ومنه المشاهدة وليس كل عالم شاهداً .

أقول استعملت الشهادة في القرآن بمعنى الحضور وبمعنى الاخبار عن شيء وهذا مما لا ينبغي الشك فيه اصلاً وان قيل باستعمالها في معانٍ أخرى ، ولم يعلم اعتبار العلم فيه فضلاً عن اعتبار كونه عن حس ، وانما قلنا باعتبار مطلق العلم فيها بدليل خارجي دلّ على حرمة مطلق الاخبار بغير علم وان لم يكن شهادة .

وبالجملة ما افاده السيد الاستاذ ضعيف لانعتمد عليه وفاقا لصاحب الجواهر قده ويؤيده أو يدل عليه عدم صدق الشهادة على شهادتنا بالوحدانية والرسالة مثلاً اذا اعتبر فيها الحس مع ان كونها شهادة حقيقة غير خفية على أحد . والاعتذار عنه بتنزيل المشهود به المذكور منزلة المحسوس غير مقبول .

ثم انه لو شك في اعتبار العلم عن حس فيها لوجب رجوع الشاهد الى اطلاق ما دل على وجوب تحمل الشهادة وأدائها والحاكم الى لزوم العمل بشهادة البيئة هذا اذا احرز مفهوم الشهادة بحيث رجع الشك في أمر زايد على اصل مفهومها ، واما اذا لم يحرز صدق مفهومها في فرض عدم كونها عن حس فيرجع الشاهد الى البرائة عن وجوب تحمل الشهادة غير الحسية وادائها والحاكم الى اصالة عدم ثبوت المشهود به فتأمل والله العالم .

مسألة ٢٢: هل تقوم الامارات وبعض الاصول مقام العلم في جواز الشهادة

ونفوذها كما تقوم في جواز الاخبار في غير مقام الشهادة والترافع بلا اشكال فيه خلاف نقل عن المشهور عدم جواز الشهادة على الملكية الواقعية مستندة الى اليد فضلاً الى الاستصحاب^(١) ولعله لاعتبار العلم عن حسن في الموضوع. واستدل المجوز برواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام فانها واضحة الدلالة على صحتها مستندة الى اليد ومناقشة سيدنا الاستاذ فيها تبعا لغيره ضعيفة لكن الرواية من ناحية سندها غير قابلة للاستدلال خلافاً للاستاذ دام ظله^(٢).

لكن قيام الامارات المعتبرة مقام القطع الطريقي لا يحتاج الى دليل خاص كما تقرر في الاصول فلعل المشهور فهموا مدخلية العلم في الموضوع وان شئت فقل ان القطع موضوعي ليس طريقاً لكنه ان ثبت لا ينبغي الاشكال في كونه بنحو الكاشفة دون الصفية الا ان تمنع خصوصية الحس عن قيامها مقامه وبالجمله الاحوط عدم جواز الشهادة بالملكية الواقعية مستندة الى اليد.

نعم يجوز بالملكية ظاهراً وباليدين وبالملكية السابقة وعدم العلم بمايزيلها لبالملكية الفعلية استناداً الى الاستصحاب^(٣).

مسألة ٢٣ المراد بالعلم المعتبر في الشهادة هو الاطمينان وسكون النفس فانه علم عند العرف ، ولادليل على اعتبار العلم الفلسفي الذي يناقض الاحتمال

(١) ص ١١٣ ج ١ مباني تكملة المنهاج لكن يظهر من الجواهر ص ١٤٠ ج ٤١ ان المشهور جوازها فتأمل فيها .

(٢) ص ٢١٥ ج ١٨ الوسائل وفي السند القاسم سواء كان بن يحيى أو محمد فانه مجهول ووقوعه في اسناد كامل الزيارات لا يدل على حسنه بوجه . وللمحقق في الشرايع اشكال آخر على الرواية دفعه صاحب الجواهر ص ١٤٣ ج ٤١ .

(٣) لهماوية بن وهب روايتان تدل أحديهما على جواز الشهادة استناداً الى الاستصحاب وآخرهما على جوازها بما هو علم الشاهد الظاهر منه عدمها اعتماداً على الاستصحاب فتأمل ولاحظ ص ٢٤٦ ج ١٨ الوسائل .

الضعيف غير المعتناء به فانت اذا تجلس تحت قبة سالمة تطمئن ببقائها ، عالم بسلامتها ودوامها فان احتمال العدم عندك ضعيف بحيث لاتعنى به وتجعله كالعدم واعتبار العلم الفلسفي في شيء محتاج الى بيان خاص غير العمومات كان يقال : لاتشهدن بشهادة حتى تعرفها كما تعرف كفك أو يقال : على مثل الشمس فاشهدو نحو ذلك والفرض عدم ورود امثال هذين القولين بطريق معتبر .

وبالجملة المعتبر في الشهادة تكليفاً ووضعاً هو الاطمينان التام بالمشهود به وان لم يكن عن سمع وبصر وحس بل عن استفاضة واشتهار بين الناس كما في الانساب والمناكب والموت والملك المطلق وغيرها .

وعلى هذا جرت سيرة العقلاء وعمل العرف في جميع البلاد وأهل الاديان وليس في الشريعة الاسلامية حتى خبر واحد معتبر ما يمنع عن ذلك .

وعلمائنا القائلون باعتبار العلم القطعي الحسى أو مطلقه تنزلوا في مثل النسب والموت والملك المطلق^(١) والنكاح وغيرها على اختلاف لهم في خصوصيات الموارد والمسائل فذهبوا الى جواز استناد الشهادة على احد تلك الامور الى الاستفاضة وأخبار جماعة وقيل بثبوت هذه الامور وترتيب اثارها عليها وصحة القضاء بالاستفاضة لكنه لايجوز الشهادة بها - في غير النسب - استناداً الى الاستفاضة لاعتبار الشهود والحس فيها بل لابد من الشهادة بالاستفاضة .

ثم هنا اختلاف آخر بينهم فقيل بحجية الاستفاضة اذا افادت ظناً وقيل اذا افادت علماً يقينياً وقيل اذا افادت علماً عادياً .

وقد عرفت الاحق بالاتباع وكفاية الاطمينان والعلم العادى لجواز اجراء الاحكام والشهادة والقضاء وانه لادليل على كفاية الظن واعتبار القطع الفلسفي . نعم لابد ان يحصل الاطمينان من طريق مقبول عند العقلاء فلا عبرة به اذا

(١) واما البيع والهبة ونحوهما فلا يثبت بالاستفاضة لامكان ثبوتها بالعلم كما قيل .

حصل من قول واحد ومن بعض امور حدسية بعيدة مثلاً ولأعيب في هذا القول سوى عدم ذهاب الفقهاء اليه عند من لايجيز مخالفة المشهور ... والله العالم.

مسألة ٢٤: قيل لاشكال ولاخلاف في ان التصرف بالبناء والهدم والاجارة ونحو ذلك بغير منازع ينازعه فيه يشهد له بالملك المطلق اذا كان مع الاستفاضة بل المشهور ذلك وان لم يكن معه استفاضة بل ادعى عليه الاجماع وانه لا ريب فيه .

أقول: أما مع الاستفاضة المفيدة للاطمينان فلا مانع منه على المشهور وأما بدونها فلا دليل على جواز الشهادة بها وان افاد الاطمينان بمداهمهم على انها فيه اشكالا نبه عليه في الجواهر ^(١) والله العالم .

مسألة ٢٥: اذا مات الشاهد أوجن أو اغمى عليه بعد الشهادة صح للحاكم ان يحكم بشهادته بلاخلاف - كما قيل - لاصالة صحتها وكذا اذا شهد ثم زكى بعد الموت وغيره ، وأما اذا فسق ولو بالكفر قبل الحكم فان أوجب ذلك شكاً في العدالة السابقة كما اذا ثبت عدالته باطمينان القاضي فشك بفسقه - هذا في عدالته السابقة فلا ينبغي الاشكال في بطلان الشهادة ، وأما اذا ثبتت عدالته بالبينه مثلاً فالظاهر قبول الشهادة مطلقاً لان الثابت بالدليل تحقق العدالة حين الاداء دون بقائها الى حكم الحاكم هذا بحسب القاعدة .

وأما بحسب الفتوى ففي قبول مثل هذه الشهادة في حقوق الناس اختلاف فقيل بالقبول قيل بالرد ولعل القائل به أكثر وأما في حقوق الله فادعى الاتفاق على عدم القبول وعلى عدم حكم الحاكم به لدرء الحدود بالشبهات .

أقول : لاشبهة في البين كما عرفت فان تم اجماع تعبدى فهو .

مسألة ٢٦: لا يثبت الزنا والسحق واللواط بشهادة رجلين عدلين . بل لا بد

(١) يقدم شهادة الملك على شهادة التصرف على ما مر في كتاب القضاء واذا شهد

بالملك المطلق استناد الى التصرف تعارضت البيتان فهذا تدليس يجب اجتنابه عند وقوعه . هذا ملخص اشكاله وهو موجه .

من شهادة أربعة رجال لصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام حد الرجل ان يشهد أربع انهم رآه يدخل ويخرج ^(١) ولموثقة أبي بصير عن الصادق عليه السلام لا يرجم الرجل والمرأة حتى يشهد عليها أربعة شهداء على الجماع والايلاج والادخال كالميل في المكحلة ^(٢) .

وفي موثقة عمار عن الصادق عليه السلام في رجل يشهد عليه ثلاثة رجال انه قد زنى بفلانة ويشهد الرابع انه لا يدري ممن زنى ؟ قال : لا يجلد ولا يرجم ^(٣) ومثله في عدم ثبوت الحد والجلد صحيح محمد بن قيس ^(٤) الاتى وقريب منها غيرها من الصحاح وبعضها يشمل اللواط في الجملة أيضاً .

قال الله تعالى : والتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فان شهدوا فامسكوهن في البيوت حتى يتوفهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلاً (النساء ١٥) والاية باطلاقها يشمل الزنا والسحق، وقال الله تعالى : والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء (النور ٤) وقال الله تعالى : ولولا جاؤوا عليه بأربعة شهداء (النور ١٣) .

ثم بين الله تعالى حكم اللواط بعد بيان حكم الزنا والسحق في آية النساء ولم يبين طريق ثبوته فلعلة لوحدة طريقه وطريقهما .

وعلى الجملة يلحق اللواط بالزنا في ذلك بلاخلاف عند الاصحاب، بل ادعى عليه الاجماع ويمكن ان يستدل به بصحيح محمد بن قيس عن الباقر عن أمير المؤمنين عليه السلام : لا يجلد رجل ولا امرأة حتى يشهد عليهما أربعة شهود على

(١) (٢) ص ٣٧١ ج ١٨ ولعل كلمة أربع اشتباه، والصحيح أربعة .

(٣) ص ٣٧٢ المصدر .

(٤) ص ٣٧٣ المصدر .

الابلاج والاعراج ... (١) قال اطلاقه يشمل اللواط أيضاً .

فاذا توقف الحد على الاربعة توقف القتل عليها بالاولوية .

مسألة ٢٧: يثبت الرجم بشهادة ثلاثة رجال وامرأتين أيضاً لصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام قال سألته عن شهادة النساء في الرجم فقال : اذا كان ثلاثة رجال والمرثتان واذا كان رجلان وأربعة نسوة لم تجز في الرجم (٢).

وصحيح بن سنان عنه عليه السلام: لا تجوز شهادة النساء في رؤية الهلال ولا يجوز في الرجم شهادة رجلين وأربع نسوة، ويجوز في ذلك ثلاثة رجال وأمرثتان (٣) وهما كما ترى غير مختصين بالزنا بل وردا في الرجم مطلقاً فاذا رجم في اللواط وغيره ثبت شهادة ثلاثة رجال وأمرأتين . لكن في صحيح محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام : اذا شهد ثلاثة رجال وأمرأتان لم يجز في الرجم ولا تجوز شهادة النساء في القتل (٤) وعن الشيخ حملها على الثقة وعلى كل يظهر من الشهيد الثاني في اللمعة المفروغية من عدم ثبوت السحق واللواط بثلاثة رجال والمرأتين . نعم يثبت حد الزنا برجلين وأربع نسوة لقول الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي: وان شهد عليه رجلان وأربع نسوة فلا تجوز شهادتهم ولا يرجم ولكن يضرب حد الزاني (٥) وقيل ان هذا هو مختار المشهور خلافاً لجمع حيث لم يثبتوا الحد بذلك أيضاً .

مسألة ٢٨: لازم قول الرسول الاكرم صلى الله عليه وآله : انما اقضى بينكم بالبينات

(١) ص ٣٧٣ ج ١٨ الوسائل

(٢) ص ٢٥٨ المصدر .

(٣) ٢٦٠ المصدر .

(٤) ص ٢٦٤ المصدر .

(٥) ص ٤٠١ المصدر .

والايمان ثبوت جميع الاشياء بالبينة والا لم يصح قضاء النبي الاعظم ﷺ بها عند التنازع والترافع فهذا يفيد عموم حجية البينة .

لكن الصحيح انها ثبوت كل شيء متنازع فيه في مقام القضاء وفصل النزاع وحسم الاختلاف لامطلقاً ولو في غير فرض الاختلاف لاحتمال تسهيل الامر في باب حل الاختلافات وفصل المرافعات، ويدل عليه حجية الايمان في باب القضاء فانها غير مثبتة لشيء في غير مورد النزاع والتحاكم فلا يثبت كرية ماء يمين ثقة أو عدل واحد مثلاً .

لكن الناظر في الروايات الواردة في البينة ربما يطمئن بحجية البينة في كل الموارد وعدم اختصاصها بمورد دون مورد كما ان المفهوم منها كفاية الاثنين لأزيد منها .

والمتيقن من البينة ولو بملاحظة سائر الروايات الرجلان العادلان دون النساء والايمان والمتحصل حجية شهادة الرجلين العدلين في تمام الفقه الا فيما ثبت اعتبار أزيد منهما كما في الرجم والحد .

مسألة ٢٩ : المستفاد من بعض الروايات عدم اعتبار شهادة النساء في غير العذرة والنفساء كصحيح العلاء ومضممرتي بن مسلم^(١) ففي احديهما لا تجوز شهادة النساء في الهلال ولا في الطلاق وقال: سألت عن النساء تجوز شهادتهن؟ قال في العذرة والنفساء ففي غيرهما لا تعتبر شهادتهن الا اذا مادل الدليل عليه بخصوصه مثل مايلي من الموارد .

(الاول) الدية ففي صحيح جميل وغيره عن الصادق عليه السلام قلنا أتجوز شهادة النساء في الحدود؟ فقال القتل وحده، ان علياً عليه السلام كان يقول : لا يبطل دم امرء مسلم^(٢) وفي صحيح محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام : قضى أمير المؤمنين

(١) ص ٢٦٢ و ص ٢٦١ ج ١٨ .

(٢) ص ٢٥٨ .

عليه السلام في غلام شهدت عليه امرأة انه دفع غلاماً في بئر فقتله فاجاز شهادة المرأة بحساب شهادة المرأة^(١) .

لكن في صحيح ربيعى عنه عليه السلام: لاتجوز شهادة النساء في القتل^(٢) ومثله صحيح محمد بن مسلم^(٣) .

أقول: الجمع بين الروايات يقتضي قبولها في الدية دون القود وقد نقله المسالك عن جمع كثير .

وقد دلّ على الاخير صحيح غياث وفي السند محمد بن خالد البرقي - عن الصادق عليه السلام عن أبيه عن أمير المؤمنين عليه السلام لاتجوز شهادة النساء في الحدود ولا في القود .

ثم ان الدية كالوصية والميراث يثبت بشهادة كل واحدة منهن ربعا ونقل عن المشهور عدم قبوله في الدية لكن صحيح محمد بن قيس يدل عليه^(٤) وأما في الوصية وميراث المستهل فالظاهر انه لا خلاف فيه . يقول السيد الاستاذ: ولا فرق بينهما كانت الدية ثابتة بالاصالة كما في القتل الخطائي و... وما لم تكن ثابتة بالاصالة كما في القتل العمدي وذلك فانه اذا ثبت القتل بشهادة النساء لانه لا يبطل دم امرىء مسلم ولم يجزء القود ثبتت الدية لا محالة. (فتأمل فيه)

(١) (٢) ص ٢٦٣ ج ١٨ الوسائل .

(٣) ص ٢٦٤ .

(٤) في الجواهر ص ١٧٤ ج ٤١ : بعد نقله عن الكافي والغنية والاصباح: لخبرى ابني قيس والحكم المتقدمين سابقاً للذين لم يجمعهما شرائط الحجية.. لكن لم نعلم مراده من شرائط الحجية ! فهو قد يقبل الضعاف وقد يرد الصحاح كما في المقام، والظاهر انه لا ضابط له في رد الاسناد وقبولها ، بل ينظر الى الشهرة أو الاطمينان الشخصي في كل مورد .

وفي المسالك: ان محل الاشكال شهادتهن منضمات الى الرجال ، أما على الانفراد فلا تقبل شهادتهن قطعاً وشذ قول أبي الصلاح بقبول شهادة امرأتين في نصف دية النفس والعضو والجراح والمرأة الواحدة في الربع .

وفي الجواهر ص ١٦٥ ج ٤١: وهو كذلك اذا كان المراد بالانفراد حتى عن اليمين امّا معه فالظاهر قبول المرأتين في ما يوجب الدية كالرجل مع اليمين .

(الثاني) النكاح، ففي صحيح داود بن الحصين انه سأل الصادق عليه السلام عن شهادة النساء في النكاح بلارجل معهن اذا كانت المرأة منكراً فقال لا بأس به^(١) ولأجله يحمل صحيح الحلبي على الاكمل حيث قيّد جواز شهادتهن في النكاح بما اذا كان معهن رجل^(٢) لكن عن جمع بل نسب الى المشهور عدم الاعتبار بها فيه مطلقاً وعن جماعة كثيرة من القدماء قبول شهادتهن مع الرجال ولا قائل بقبولها بلارجل. وقيل ان رواية داود شاذة مهجورة فان تم هذا نعتمد على صحيح الحلبي .

(الثالث) الوصية، ففي الصحيح: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وصية لم يشهد بها الا امرأة فقضى ان تجاز شهادة المرأة في ربع الوصية^(٣) وهذا مما لا خلاف فيه كما قيل ويدل عليه روايات اخر لكن في صحيح بن يزيع عن الرضا عليه السلام عدم جواز شهادتهن فيها^(٤) فيحمل على ضرب من الكراهة أو على التقية .

(١) ص ٢٦٥ ج ١٨ الوسائل.

(٢) ص ٢٥٨ .

(٣) ص ٢٦١ .

(٤) ص ٢٦٦ و ص ٢٦٧ .

(الرابع والخامس) الميراث والولادة ففي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: وسألته عن شهادة القابلة في الولادة قال تجوز شهادة الواحدة ص ٢٥٨ وص ٢٦٨ ج ١٨ .

وفي صحيح عمر بن يزيد (على تردد في عمر) عنه عليه السلام . . . فشهدت المرأة التي قبلتها انه استهل وصاح حين وقع الى الارض ثم مات، قال: على الامام أن يجيز شهادتها في ربع ميراث الغلام^(١) وقريب منه صحيح بن سنان عنه وفيه: قلت فان كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتهما في النصف من الميراث (ص ٢٦٨ ج ١٨) .

وفي صحيح بن سنان عنه عليه السلام وتجوز شهادة القابلة وحدها في المنفوس ص ٢٦٠ وفي موثقة سماعة المضمرة: القابلة تجوز شهادتها في الولد على قدر شهادة امرأة واحدة (ص ٢٦٣ ج ١٨) .

أقول: لا يبعد الاكتفاء بصدق القابلة دون عدالتها ومن يعتبر عدالتها فقد بعد عن الحق ولا خصوصية للقابلة في جواز الشهادة بل يجوز شهادة المرأة وان لم تكن قابلة للروايات فشهادة كل واحد يثبت بربع الوصية فان شهدت أربع يثبت تمام المال الموصى به .

مسألة ٣٠: هل يثبت نصف الوصية والميراث والدية بشهادة رجل واحد كما احتمل وان لم يوجد به قائل أو رבעه كما عن بعضهم أو لا يثبت به شيء كما في الجواهر^(٢) فيه وجوه .

مسألة ٣١: هل يجوز للمرأة تضعيف المشهود به حتى يصل الحق المعلوم الى صاحبه ولم تكذب في شهادته بان توري؟ فيه وجهان .

(١) ص ٢٥٩ ج ١٨ الوسائل.

(٢) ص ٣٥٣ ج ٢٨ وص ١٧٤ ج ٤١ .

(السادس) الدين ، ففي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اجاز شهادة النساء فى الدين وليس معهن رجل ص ٢٦٢ ص ٢٦٧ ج ١٨ .

وفي صحيح آخر له عنه عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اجاز شهادة النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله ان حقه لحق ص ١٩٨ ج ١٨ .
أقول : ان شهدت أربع نسوة يثبت الحق كله من دون احتياج الى يمين المدعي وان شهدت ثنتان منهن فلا بد للمدعي فى اثبات حقه من يمين ^(١) ولا يوزع الدين أرباعاً على شهادة كل واحدة منهن كما في الدية والميراث والوصية .

(السابع) الامر الدون، ففي موثقة عبيد عن الصادق عليه السلام: تجوز شهادة المرأة في الشيء الذي ليس بكثير في الامر الدون، ولا تجوز في الكثير ص ٢٦٣ ج ١٨ ولا أدري هل به قائل منا أم لا ؟

(الثامن) الصوم ، ففي صحيح داود عنه عليه السلام لا تجوز شهادة النساء في الفطر الا شهادة رجلين عدلين ولا بأس فى الصوم بشهادة النساء ولو امرأة واحدة ص ٢٦٢ ج ١٨ لكن لابد من حملة على محمل غير مناف للقواعد .

(التاسع) كل ما لا يجوز للرجال النظر اليه وكل عيب لا يراه الرجل لموثقة بن بكير عنه عليه السلام تجوز شهادة النساء في العذرة وكل عيب لا يراه الرجل .

ولصحيحة بن سنان عنه عليه السلام وتجوز شهادة النساء وحدهن بل الرجال فى كل ما لا يجوز للرجال النظر اليه ص ٢٦٠ ج ١٨ .

وقد دلّت روايات كثيرة على جواز شهادتهن في العذرة والنفساء ص ٢٥٨

(١) لاحظ ص ١٢٨ ج ١ مباني تكملة المنهاج فان ظاهرها المنافاة لما ذكرنا .

الى ص ٢٦٨ ج ١٨ .

وفي الجواهر: وضابطه ما يعسر اطلاع الرجال عليه غالباً بلا خلاف أجده.
أقول: ويدخل في العموم الرضاع وعيوب النساء. خلافا لما عن الأكثر
المدعى عليه الاجماع من المنع فى الرضاع .

مسألة ٣٢: - المشهور - كما قيل ان كل موضع يقبل فيه شهادة النساء لا
يثبت بأقل من أربع قيل ويمكن دعوى القطع به من الكتاب والسنة ان المرأتين
تقومان مقام الرجل فى الشهادة، وعن المفيد وابي الصلاح الاكتفاء بالمرأتين
فى المورد التاسع لكن فى معتبرة داود السابقة والائتية اجازة أمير المؤمنين
عليه السلام شهادة المرأتين فى النكاح عند الانكار فلاحظ .

مسألة ٣٣: لاريب فى ثبوت الدين بشهادة الرجل والمرأتين لقوله تعالى
وان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان (البقرة ٢٨٢) ولبعض الروايات المعتبرة
سنداً بل يثبت به كل ما يثبت بأربع نسوة بالاولوية اذا فرض تحمل الشهادة
على وجه غير محرم فى بعضها فان قيام المرأتين مقام الرجل فى فرض عدم
وجوده .

ونسب الى المشهور ثبوت الغصب والوصية اليه والاموال والمعاضات
والرهن بل الوقف والعتق على قول جمع بها ولعل لفهمه من ثبوت هذه
الامور بشهادة رجل ويمين المدعي ولا يخلو عن شيء وان كان الاحوط المنع
لعدم القطع بالاولوية وبالملازمة العرفية وان كانت الثانية مظنونة قوياً. والعمدة
ذيل معتبرة داود عن الصادق عليه السلام وهو: وكان أمير المؤمنين عليه السلام يجيز شهادة
المرأتين فى النكاح عند الانكار ولا يجيز فى الطلاق الا شاهدين عدلين فقلت
فانى ذكر الله تعالى: فرجل وامرأتان فقال: ذلك فى الدين اذا لم يكن رجلان
فرجل وامرأتان ورجل واحد ويمين المدعي اذا لم تكن امرأتان . . .

فانه يدل على تأخر اليمين عن المرأتين ، فاذا قلنا بثبوت حقوق الناس بشهادة الواحد ويمين المدعي لصحيح محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام لو كان الامر لنا أجزنا شهادة الواحد اذا علم منه خبر مع يمين الخصم في حقوق الناس^(١) فلنقل به بشهادة الرجل والمرأتين الا فيما دل الدليل على عدمه بالخصوص كالطلاق مثلا ويؤيد أويدل عليه مافي الجواهر^(٢) في رد اختصاص الأدلة بالدين. لكن قد يدفع بظهور مافي ذيل الآية (البقرة ٢٨٢) من الاشهاد على البيع في ارادة الاشهاد السابق الذي كان منه الرجل والمرأتان ، متمماً بعدم القول بالفصل .

فلاظهر - انشاء الله - ثبوت مطلق حقوق الناس بشهادة الرجل والمرأتين الا فيما دل الدليل على عدم ثبوته بها كالطلاق^(٣) والقصاص. والاحوط المؤكد الاقتصار بها في الدين فقط .

نقل وتأکید :

قال في الشرايع : ومنها ما يثبت بشاهدين وبشاهد وامرأتين وبشاهد ويمين وهو الديون والاموال كالقرض والقراض والغصب وعقود المعاوضات كالبيع والصرف . والسلم والصلح والاجارة والمساقاة والرهن والوصية له والجناية التي توجب الدية (وفي الجواهر) كالخطأ وشبه العمد وقتل الحر العبد، والاب الولد والمسلم الذمي والصبي والمجنون وغيرهما والمأمومة والجائفة وكسر العظام وغير ذلك مما كان متعلق الدعوى فيه مالا أو مقصوداً منه المال فان ذلك

(١) ص ١٩٥ وص ١٩٦ ج ١٨ .

(٢) ص ١٦٧ ج ٤١ .

(٣) لاحظ ص ٢٥٨ و ص ٢٦٢ ج ١٨ من الوسائل

هو الضابط عندهم لهذا القسم^(١).

أقول عرفت انه لا بعد في اثبات مطلق حقوق الناس بها وان لم يكن المقصود مالا وهذا هو مختار صاحب الجواهر أيضاً .

مسألة ٣٤ - الاظهر ثبوت حقوق الناس بشهادة المرأتين ويمين المدعى لحسنة منصور بن حازم - بطريق الصدوق - عن الكاظم عليه السلام : اذا شهد لطالب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز^(٢).

وفي الجواهر بعد عبارته المتقدمة : بل الظاهر ثبوت ذلك كله بهما مع اليمين وفاقاً للمشهور شهرة عظيمة بل عن الشيخ في الخلاف الاجماع عليه ونقل عن جمع العدم ومنهم سيدنا الاستاذ حيث انكر ثبوت مطلق الاموال بهما للمناقشة في صداقة محمد بن علي بن ماجيلويه الواقع في طريق الصدوق الى منصور بن حازم لكنها ضعيفة فانه حسن على الاقل لكثرة ترحم الصدوق عليه وتمام البحث فيه في الرجال . نعم يحتمل انصراف طالب الحق الى طالب الدين فالاحوط للاقتصار عليه .

مسألة ٣٥ - لا يعتبر الاشهاد في شيء من العقود والايقاعات عندنا لعدم دليل عليه^(٣) الا في الطلاق والظهار للروايات ولاخلاف فيه أيضاً كما قيل ، وعن المشهور استحبابه في الدين والبيع للاية الشريفة بعد قيام السيرة القطعية بل الضرورة على جوازهما بغير الاشهاد ، وناقش فيه بعضهم بدعوى ان الامر في الاية ارشادي وليس امراً مولوياً .

(١) ص ١٦٥ ج ١ من الجواهر

(٢) ص ١٩٨ المصدر

(٣) وعن ابن عقيل اعتباره في النكاح واستدلاله ضعيف، نعم يستحب لرواية داود

المشار اليها سابقاً

مسألة ٣٦ : يجب تحمل الشهادة اذا أشهده المشهود له أو المشهود عليه ويجب ادائها والظاهر عدم وجوب الشهادة من دون اشهاد الا في بعض صور ذكرناه في مادة الكتمان في الجزء الثاني من حدود الشريعة في محرماتها، ويدل على الحكم الايات والروايات ففي صحيح هشام عن الصادق عليه السلام في قول الله عزوجل ولا ياب الشهداء اذا مادعوا قال قبل الشهادة وقوله : ومن يكتمها فانه أثم قلبه قال بعد الشهادة ^(١).

وظاهر الادلة كون الوجوب عينياً لكن الاكثر على كونه كفاثياً ولم يظهر وجهه للسيد الاستاذ فالتزم الاول وقال ليس للشاهد أن يكتم شهادته وان علم ان المشهود له يتوصل الى اثبات مدعاه بطريق آخر ، نعم اذا ثبت الحق بطريق شرعي سقط الوجوب لكن الاظهر كونه كفاثياً ووجهه غير خفي .

نعم لا بأس بكون تحملها عينياً فيجب وان اشهد المشهود له جمعاً قبله لاحتمال الحاجة اليها بمرض أو سفر أو موت بعض الشهود أو للتعارض والترجيح بكثرة الشهود لكن الاستاذ قال بكفاية وجوب التحمل و هذا منه عجيب نعم ناقش صاحب الجواهر في أصل وجوبه وفاقاً للحلي فلاحظ ^(٢).

مسألة ٣٧ : هل يجب الشهادة عند من كان الترافع اليه محرماً ظاهر بعض الكلمات هو الاول ولكن انصراف الادلة عنه قوي ، وأما اذا كان حكمه غير نافذ فالظاهر الوجوب للاطلاق فافهم .

مسألة ٣٨ : اذا طالب المشهود له أكثر من اثنين للشهادة فان كان في شهادة الزايد أثر لاثبات حقه وجب الاجابة والاداء للاطلاق والا لادليل على الوجوب لان الغاية منه اثبات الحق دون السلطة المطلقة للمشهود له على الشهود .

(١) ص ٢٦٣ ج ١ تفسير البرهان و ص ٢٢٥ ج ١٨ الوسائل

(٢) ص ١٨١ ج ٤١ من الجواهر

مسألة ٣٩ : اذا نسى المدعي الشاهد وجب الشهادة لاطلاقات الادلة .

مسألة ٤٠ : هل يجب على فاقد شرائط الشهادة التحمل والاداء فيه وجهان والظاهر عدم الوجوب اذا علم برده شهادته فان الشهادة وان كانت لله تعالى لكنها ليست تعبدية بل هي للتوصل الى اثبات الحق جزماً ، وعلى هذا اذا كان في رد شهادته اهانة واذلالاً له حرم الاداء وأما اذا حصل الاذلال بالشهادة المقبولة فالظاهر بقاء الوجوب للاطلاق فتدبر .

مسألة ٤١ : اذا كانت الشهادة ضرورية سقط وجوبها لنفي الضرر ولا خلاف فيه كما قيل . وكذا اذا كان تحملها أو أدائها حرجياً لقاعدة نفي الحرج .

مسألة ٤٢ : والظاهر عدم وجوب تحمل مؤنة السفر على الشاهد اذا توقفت عليه بل على المدعي فافهم .

مسألة ٤٣ : اذا كان المديون معسراً لآمال له ويوجب الشهادة ضرراً عليه كحبسه فالظاهر عدم الجواز، ولعله لا خلاف فيه ، ففي صحيح محمد بن القاسم (وفي السند محمد بن خالد البرقي) عن أبي الحسن عليه السلام قال سألت عن رجل من مواليه عليه دين لرجل مخالف يريد أن يعسر ويحبسه وقد علم (الله) انه ليس عنده ولا يقدر عليه وليس لغريمه بينة هل يجوز له أن يحلف له ليدفعه عن نفسه حتى ييسر الله له ؟

وان كان عليه الشهود من مواليك قد عرفوه انه لا يقدر هل يجوز أن يشهدوا عليه ؟ قال لا يجوز أن يشهدوا عليه ولا ينوي ظلمه .

ومنه يظهر لزوم حمل صحيح علي بن سويد^(١) على محمل غير مناف لمفروض هذه الرواية .

الشهادة على الشهادة

مسألة ٤٤ : قضية اطلاق الروايات الدالة على حجية والشاهدين قبول الشهادة على الشهادة مطلقاً ولاخلاف فيه في الجملة، بل نسب بعضهم الاجماع المنقولة عليه الى التواتر وأما الروايات الواردة في خصوص المقام فهي ضعيفة سنداً أو لا اطلاق لها يشمل جميع الموارد كمعتبرة غياث عن الصادق عليه السلام ان علياً كان لا يجيز شهادة رجل على شهادة رجل الا شهادة رجلين على شهادة رجل^(١).

مسألة ٤٥ : مقتضى الاطلاقات قبول الشهادة على الشهادة على الشهادة وقد قال به بعضهم لكن المشهور المدعي عليه الاجماع عدم القبول ولم يعلم وجهه ولعله الانصراف.

مسألة ٤٦ : لاتقبل الشهادة على الشهادة في الحدود لصحيح غياث عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام لاتجوز شهادة على شهادة في حد ولا كفالة في حد^(٢). وهذا في حقوق الله المحضة موضع وفاق ظاهراً وفي حقوق الله المشتركة كالحد في السرقة والقتل مشهور ومشمول للصحيح المذكور.

وفي الجواهر : يقوى ثبوت غير الحد من الاحكام المترتبة على موضوع الحد كنشر الحرمة بام الموطوء واخته وابنته وبنت العممة والخالة بالزنا بهما وكتبوت المهر للمزني بها المكروهة وغير ذلك ... نعم الظاهر عدم ثبوت التعزير بها فيما يوجب له احتمال كون المراد بالحد مايشمله^(٣).

وفي محل آخر : ولو باللواط أو بالزنا بالعممة والخالة والبهيمة ثبتت بشهادة

(١) ص ٢٩٨ ج ١٨ الوسائل (٢) ص ٢٩٩ المصدر

(٣) ص ١٩٢ و ص ٢٠٩ ج ٤١ من الجواهر

الشاهدين لاطلاق الادلة وتقبل في ذلك الشهادة على الشهادة للاطلاق أيضاً ولا يثبت بها حد ويثبت انتشار حرمة النكاح وكذا التعزير بناءً على انه من الحدود في وطيء البهيمة ويثبت تحريم الاكل في المأكولة على المقر وفي الاخرى وجوب بيعها عليه في بلد آخر ...

أقول لابأس بما ذكر ولا مانع من التفكيك بين الحد وغيره من الاحكام فيمكن ضمان السارق دون حده .

مسألة ٤٧ : لا تثبت الشهادة على الشهادة بشهادة رجل وهو واضح ولا بشهادة أربع نسوة على المشهور خلافاً للاسكافي والشيخ^(١) ولا بشاهد ويمين أو شاهدين ويمين فتأمل .

وأما ثبوتها بشهادة رجل وامرأتين فلا بأس به ظاهراً ولانظارة لصحيح غياث الى هذه الجهة والا لم تصح شهادة العدلين على شهادة المرأة مع انه لا قائل به ظاهراً .

مسألة ٤٨ : المشهور شهرة عظيمة المدعي عليه الاجماع عدم قبول شهادة الفرع الا عند تعذر حضور شاهد الاصل واستدل له بالاجماع ورواية محمد ابن مسلم^(٢) لكن الاول منقول غير معتبر والثاني ضعيف سنداً ولذا ذهب الاستاذ تبعاً لكشف اللثام وغيره الى عدم الاشتراط .

مسألة ٤٩ : اذا أنكر الاصل شهادة الفرع فقل ان كان بعد حكم الحاكم لا يلتفت الى انكار الاصل لان الشهادة قد ثبتت بالبيئة الشرعية وكان حكم الحاكم مبنياً عليها فلا تنقض بانكار الاصل شهادته . واذا كان قبله فلا يلتفت الى شهادة الفرع نعم اذا كان شاهد الفرع أعدل ففي عدم الالتفات اليه اشكال والا قرب هو

(١) لاحظ ص ٢٠٧ ج ٤١ من الجواهر وانا متوقف في المسألة بشقوقها .

(٢) ص ٢٩٧ ج ١٨ الوسائل .

الالتفات وقيل غير ذلك .

والاقرب انه لافرق بين صدور الحكم وعدمه فان كان أحدهما أعدل يقدم قوله والا لأثر لشهادة الفرع لصحيح عبدالرحمن عن الصادق في رجل شهد على شهادة رجل فجاء الرجل فقال اني لم أشهده قال تجوز شهادة أعدلها وان كانت عدالتهما واحدة لم تجز شهادته وقريب منه صحيح بن سنان عنه^(١) نعم ظاهرهما جواز شهادة واحد لاثبات شهادة الاصل ولا بد من علاجه ، وأما اذا لم ينكر الاصل بل ادعى الجهل وعدم التذكر فالظاهر قبول شهادة الفرع .

مسألة ٥٠ : لو تغيرت حال الاصل بفسق أو عداوة للمشهود عليه لم يحكم بالفرع كما لو طرأت عليه قبل الحكم بشهادته لان الحكم مستند الى شهادة الاصل . نعم لو طرء الجنون أو الاغماء لم يؤثر بناء على عدم قدح طرو ذلك في شاهد الاصل بعد اقامتها فالمدار حينئذ في ابطال الطاري وعدمه ، على افساد شهادة الاصل بطروه عليه وعدمه بلاخلاف أجده في شيء من ذلك كما قيل^(٢) . أقول : لافرق بين الفسق والعداوة وبين الجنون والاغماء كما مر في المسألة (٢٥) .

مسألة ٥١ : اذا سمى الفرعان الاصل وعدلاه فهو وان سمياه ولم يعدلاه فالحكم موقوف على ثبوت عدالته عند الحاكم ولو عدلاه ولم يسمياه قيل لا يوجد خلاف بيننا في عدم القبول لان الحاكم قد يعرفهم بالجرح ، ولان ذلك يسد باب الجرح على الخصم . أقول : وفيه بحث واشكال قوي .

نعم لا يحرم الشهادة على شهادة غير العادل كما عن المفيد بل تجوز

(١) لاحظ الروايتين في ص ٢٩٩ وص ٣٠٠ ج ١٨ من الوسائل .

(٢) ص ٢٠٦ ج ٤١ من الجواهر .

الشهادة على شهادة المجهول الحال ، وانما لا يجوز للحاكم أن يقبل شهادة غير العادل .

الكلام في اعتبار التوارد

مسألة ٥٢ : مقتضى اعتبار التعدد في الشاهد توارد شهادة الكل على شيء واحد وهذا ظاهر ، فلا تقبل الشهادة مع الاختلاف في المورد كما اذا شهد أحدهما بالبيع أو الغصب والآخر بالافراز بالبيع أو بالملك ، أو في الزمان كما اذا شهد أحدهما بالبيع في النهار والآخر في الليل ، أو في المتعلق كما اذا شهد أحدهما بسرقة دينار والآخر بسرقة درهم أو لباس وقس على ذلك غيرها . وبالجمله ليس للقاضي الحكم بالقدر المشترك بين الشهادتين بعد اختلافهما في القيد المقوم له وان اتفقا على وحدته كما استظهر من كلام الاصحاب في القتل وغيره من الافعال التي لا تقبل التعدد .

مسألة ٥٣ : اذا شهد بسرقة ثوب بعينه لكن قال أحدهما ان قيمته درهم وقال الآخر ان قيمته درهما ثبتت بشهادتهما والواجب على السارق دفع الاقل اذا لم يحلف المدعي على الاكثر .

واذا اختلفا في الثمن فقال أحدهما انه باع بدرهم والآخر بدرهمين لم يثبت شيء لمامر .

ولو شهد أحدهما باقراره بالعربية والآخر بالانجليزية مثلا فان أطلقا أو وقتا بوقتين قبل وان وقتا بوقت واحد سقطت الشهادتان للتكاذب .

وكذا اذا شهد أحدهما انه أقر عنده بمصر بكذا والآخر انه أقر بطهران بكذا .

مسألة ٥٤ : تثبت الدعوى في الفروض السابقة بيمين المدعي منضمة الى

أحد الشهادتين في حقوق الناس ولا تثبت بها إذا كانت في الحد والهلل ونحوهما . على نحو مر تفصيله .

مسألة ٥٥ : إذا لم توارد البيئتين على شيء واحد كما إذا شهدت احديهما على الثوب والاخرى على الراديو ثبت الامر ان لعدم التعارض ، وثبت القطع أيضاً - في السرقة - بل لاتعارض بينهما حتى إذا فرض اتحاد العين وأمكن التعدد بسرقتها مرتين في الوقتين بلا اشكال ولا خلاف كما قيل .
وأما إذا لم يمكن التعدد قيل سقط القطع للشبهة ولم يسقط الغرم بلا خلاف لثبوت سرقة العين باتفاق البيئتين عليه فتأمل .

مسألة ٥٦ : قال في محكى المستند : يشترط في قبول الشهادة مطابقتها للدعوى فان خالفت الشهادة للدعوى كلاً أو بعضاً طرحها كان يدعي عشرة عن البيع وشهدا بعشرة اجرة الدار ولا يضر الزيادة والنقصان ما لم يخالف ..
واستدل له بعض أهل العصر بعد اختياره بأن ظاهر الأدلة الحكم بالدعوى إذا قام على طبقها الشهادة .

أقول البيئة حجة شرعية لا يشترط في اعتبارها تحقق الدعوى المطابقة لها نعم لا يجوز للمشهود له أخذ المشهود به إذا كان عالماً بعدم استحقاقه وهذا أمر آخر سوى الاشتراط المذكور ولذا لا يجوز أخذه في فرض الشك وعدم الدعوى .

مسألة ٥٧ : إذا شهد واحد بالافرار بألف والاخر بألفين ولو في وقت واحد يثبت الألف بهما والألف الاخر بانضمام اليمين الى الثاني لعدم التعارض بين المشهود بهما وان امتنع التلفظ بلفظين مختلفين في وقت واحد ، فان الشهادة بألف دينار لاتنفي الزايد فيجوز أن لا يكون الشاهد سمع الألف دينار أو لم يقطع الا به وتردد في الزايد أو رأى أن لا يشهد الا به لمصلحة أو لغير مصلحة بخلاف نحو البيع بدينار أو بدينارين فان العقد بدينار ينافي العقد

بدينارين كما ذكره في الجواهر تبعاً لفتوى الماتن^(١) وخالف فيه بعض من تأخر عنهما .

مسألة ٥٨ : يجوز للشاهدين في غير مقام التدليس والكذب واضاعة الحق تصحيح الشهادة على وجه تكون مثمرة عند الحاكم فيشهد شاهدا الغصب والاشتباه على الملك فقط من دون ذكر السبب وكذا شاهدا البيع والهبة اللازمة.

الكلام في رجوع الشهود كلا أو بعضاً

مسألة ٥٩ : لو رجع أحدهما أو كلاهما عن الشهادة قبل الحكم بطلت لانصراف مادل على حجية الشهادة عن مثلها وللتعارض ولبناء العقلاء على عدم حجية مثل هذه الشهادة وقيل لا تقبل شهادة الغالط في تلك الواقعة لو أعادها لصحيح محمد بن قيس^(٢) عن الباقر عليه السلام : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان انه سرق فقطع يده حتى اذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا : هذا السارق وليس الذي قطعت يده وانما اشتبهنا ذلك بهذا ف قضى عليهما ان غرمهما نصف الدية ولم يجر شهادتهما على الاخر^(٣).

ومقتضى اطلاقه عدم قبول الشهادة في المال المسروق والحد فيعم حقوق الناس وحقوق الله جميعاً ولكن في تخصيص العمومات الدالة على القبول به تأمل بل منعه كاشف اللثام وعلى القول به لا بد من الاقتصار على مورده وهو الرجوع بعد نفوذ الحكم على المشهود عليه ولو أعاد الشاهدان شهادتهما بعد الرجوع عنهما قبل حكم الحاكم .

(١) ص ٢١٥ ج ٤١ .

(٢) بناء على كونه الثقة .

(٣) ص ٢٤٣ ج ١٨ من الوسائل .

علل سيدنا الاستاذ عدم قبولها بأنهما بعد الرجوع يشهدان على خلاف مشهدا به أولا ، حيث ان معنى ابراز الخطأ هو الشهادة على الخلاف ، وعليه فكما انها تعارض الشهادة الاولى كذلك تعارض الشهادة الثالثة فلماوجب للقبول . أقول مع التصريح بالاشتباه لامجال للتعارض لبناء العقلاء فيقدم اللاحقة على السابقة الا اذاكثر وتلاحق الاعترافات بالخطاء بنحو خرج عن الحد المتعارف عند العقلاء نعم يمكن أن ترد شهادتهما بعد نفوذ الحكم والرجوع فيما اذا ثبت غرامتهما بدعوى انهما منكران وغريمان . وبالجمله المردود هو شهادتهما على استناد المشهود به الى غير المشهود عليه أو لا بعد نفوذ الحكم عليه ان عملنا بالرواية فلاحظ . ولو كان المشهود به الزنا أو اللواط واعترف الراجع بالتعمد حد للقفذ ، بل قيل به حتى اذا قالوا غلطنا لكنه افراط من القول .

وان رجع بعد الحكم والاستيفاء وتلف المحكوم به لم ينقض الحكم لوجوه :

فمنها الاجماع بقسميه عليه .

ومنها صحيح جميل عمن أخبره عن أحدهما عليه السلام : في الشهود اذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل : ضمنوا ماشهدوا به وغرموا ...^(١). ومنها صحيح هشام عن الصادق عليه السلام كان أمير المؤمنين يأخذ بأول الكلام دون آخره .

ومنها مرسل الصدوق عنه عليه السلام : من شهد عندنا بشهادة ثم غير ، أخذناه بالاولى وطرحنا الاخرى^(٢).

(١) ص ٢٣٨ ج ١٨ الوسائل .

(٢) ص ٢٤٣ المصدر .

ومنها استصحاب الصحة .

ومنها اطلاق ما دل على صحة ما لم يعلم فساد ، فان الرجوع لا يدل على فساد الشهادة الاولى اذ يمكن الرجوع كذباً بل هو انكار بعد الاقرار هكذا ذكره صاحب الجواهر^(١) لكن الاول منقول والثاني غير حجة ومثله الرابع على ان اطلاقه واطلاق قبله متروك عندهم فلاحظ وأما الثالث ففي الوسائل المطبوعة حديثاً لا يأخذ مكان يأخذ فهو على عكس المطلوب ادل^(٢) ولم يعلم النسخة الصحيحة على انه لا بد من تأويله وحمله على محمل صحيح كالانكار بعد الاقرار . وأما الوجهان الاخيران فلامسرح لهما بعد تبين بطلان مستند الحكم ، ومثلهما ما ذكر الاستاذ من الاستدلال بعدم جواز نقض حكم الحاكم كما تشهد به الروايات الواردة في نفوذ القضاء فانه ممنوع في مثل المقام وعلى المستدل الاثبات وراء هذه الروايات فهذه الوجوه غير تامة .

نعم يمكن الاستدلال للمقام بصحیحتي جمیل عن الصادق عليه السلام واليك أحدهما في شاهد الزور قال : ان كان الشيء قائماً بعينه رد على صاحبه وان لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل^(٣) .

وما في الجواهر من أعمية الرجوع من شاهد الزور المراد به المعلوم كونه شاهد زور والراجع لو صرح بكونه كذلك لم يعلم انه كذلك اذ يمكن كذبه في ذلك .

ضعيف فان العبرة في الضمان بصدق الاتلاف والمتلف ، والفرض تحققه

باقراره لكن الكلام في استلزام صحة الحكم من الضمان المذكور ؟

(١) ص ٢٢٢ ج ٤١ .

(٢) ص ١٥٨ ج ١٨ .

(٣) ص ٢٣٨ المصدر .

ولورجع بعد الحكم وقبل الاستيفاء ففي حدود الله ينقض الحكم عند المشهور للشبهة وكذا اذا كان الحد للادمي كحد القذف أو مشتر كأحد السرقة لاشتراك الجميع في السقوط بعروض الشبهة بل لا يوجد فيه خلاف كما قيل .

وفي الجواهر : نعم يقوى بقاء حكم التوابع التي لم يثبت بالشرع سقوطها بالشبهة فيحرم اخت الغلام الموطوء وامه وبنته وأكل البهيمة الموطوءة المأكولة، ويجب بيع غيرها في بلد آخر وكذا الحكم في المحكوم برده اذا رجع الشهود قبل قتله فانه يسقط قتله للشبهة لكن تبقى قسمة ماله واعتداد زوجته .

بل ذهب سيدنا الاستاذ الى بقاء نفوذ الحكم وعدم نقضه ، واستدل بأنه ان اريد بالشبهة ماهو أعم من الواقع والظاهر فلاشبهة في المقام بعد حكم الحاكم وعدم جواز نقضه وان اريد بها الشبهة بالاضافة الى خصوص الواقع وان كان الحكم الظاهري معلوماً فلاوجه لدرء الحدود بها لوجودها في أكثر موارد القضاء على ان درء الحدود بالشبهات لم يثبت برواية معتبرة .

وفي حقوق الناس تردد بعضهم وذهب الى بقاء الحكم بعضهم الاخر حتى في العقوبات كالقتل والجرح فانها لا تدخل في الحدود عرفاً .
أقول : نقض الحكم في الحدود مطابق للقاعدة الاولى لا لدرء الحد بالشبهة فان ما أفاده الاستاذ من الايراد عليه تام .

ثم المنقول عن عامة المتأخرين والقدماء كما استفيد من اطلاق المبسوط انه اذا رجع بعد الحكم وتسليم المال للمحكوم له لا ينقض الحكم ولا تستعاد العين وان كانت قائمة ومن جمع انه ترد العين الى صاحبها .

يقول السيد الاستاذ : فكذا الحكم قبل الاستيفاء أو قبل التلف ، وتدل على ذلك بضميمة عدم جواز نقض حكم الحاكم الصحيحتان المقدمتان (صحيحتا جميل) فان مقتضى نفوذ القضاء هنا هو تلف المال من المشهود عليه وان كان

قائماً بعينه عند المشهود له وبما ان هذا التلف مستند الى شهادة الشاهدين لاسناد الاتلاف في الصحيحتين الى الشاهد فيحكم بضمانهما .

لكن الاتلاف فيهما بمعنى عدم قيام الشيء بعينه جزءاً لا بالمعنى الذي ذكره فلاحظ الرواية تجده ضعف ما ذكره دام ظله .

نعم يشكل أن يجعل صدر الرواية دليلاً على النقض ورد العين في غير فرض الزور وهو فرض الاشتباه والغلط والشك في صحة الشهادة ، وعلى كل الظاهر عدم الخلاف في مورد الرواية من رد العين أو اغرام المتلف بل وقتل شاهد الزور قصاصاً .

وخلاصة الكلام ان بقاء الحكم وآثاره بعد بطلان الشهادة محتاج الى دليل مفقود ولا فرق بين صدور الشهادة عن كذب وزور أو عن اشتباه وسهو ولو باقرار الشهود بل وحتى باظهار شكهم في صحة شهادتهم كما جرى عليه بناء العقلاء .

وان رجع بعد القتل أو الجرح فان قال تعمدت اقتص منهم ان امكن ، وان قال اخطأت كان عليه الدية في ماله لانه شبيه عمد ^(١) وان رجع ولم يعلم عمده وخطائه .

فالظاهر الدية لعدم بطلان دم امرء مسلم . ولولي الدم قتل المقرين بالعمد أجمع ورد الفاضل عن دية صاحبه، وله قتل البعض ويرد الباقي قدر جنايتهم كل ذلك مع انه لاخلاف في شيء منه بل لعل الاجماع بقسميه عليه لقاعدة قوة السبب على المباشر وعمومات القصاص وماورد من حكم المشتركين في

(١) يحتمل عدم ضمان الشاهد اذا خطأ من دون تعمد وتقصير لان الشاهد محسن ولا سبيل على المحسنين والا لامكن ضمان القاضي ايضاً وهكذا في نظائر المسألة ، الا ان يقال انه محسن بالنسبة الى المشهود له دون المشهود عليه فتأمل .

القتل عمد أو خطأ وخصوص صحيح محمد بن قيس السابق كما في الجواهر .
ولو شهد بموجب الجلد فجلد ومات منه ثم رجع الشاهد لا يقتل بل عليه
الدية لانه شبهه العمد وان تعمد الكذب لانه لم يباشر القتل ولا سبب لما يقتل
غالباً، ولو صدق السببية في بعض الموارد جرى عليها حكمها .

مسألة ٦٠: مقتضى القاعدة انه اذا رجع الشهود عن الشهادة في الزنا بعد
قتل الزاني غرم كل واحد منهم ربع الدية سواء رجع أحدهم أو أكثر ويدل
عليه رواية السكوني^(١) لكن ظاهر روايتين اخريين اغرام الراجع الواحد
تمام الدية^(٢) الا ان الروايات بأسرها ضعاف خلافاً للسيد الاستاذ .

مسألة ٦١: تحرم شهادة الزور فانها كذب واقتراء واضرار واغراء وفي
صحيح هشام عن الصادق عليه السلام: قال شاهد الزور لاتزول قدماءه حتى تجب له
النار^(٣) .

ومنه يظهر حرمة الشهادة مع الشك والظن لاحتمال الكذب ولا أصل
يقتضي نفيه بل الاصل عدم موافقة الكلام للواقع ولا يبعد شمول النص له
أيضاً .

وقد تقدم انتفاض حكم الحاكم عند تبين كونها زوراً فان كان عين المال
قائمة ترد الى صاحبها والاّ اغرم الشاهد وكذلك المشهود له اذا كان عالماً
بالحال فانه غاصب وللشاهد اذا اغرم الرجوع اليه .

واما اذا كان جاهلاً ففي استقرار الضمان عليه وجهان ذهب السيد الاستاذ
الى ثانيهما فان مقتضى اطلاق قوله عليه السلام في صحيحة بن مسلم: يؤدي من المال

(١) ص ٢٤٣ ج ١٨ من الوسائل .

(٢) ص ٢٤٠ المصدر .

(٣) ص ٢٣٦ المصدر .

الذي شهد عليه بقدر مذهب من ماله ^(١) انحصار وجوب الاداء بقدر مذهب من المال على شاهد الزور دون من تلف المال بيده حيث ان الاداء غير الضمان . فتعدد الضمان بتعدد الاشخاص لمال واحد وان امكن ولكن تعدد الاداء بتعدددهم غير ممكن كما أفاده الاستاذ ^(٢) فتأمل فيه ^(٣) .

ويجوز للمحدود ضرب الشاهد انتقاماً لما مر من اقوائية السبب من المباشر بل اذا قتل المشهود عليه قتل الشاهد لانه متلف عامد، ويدل عليه رواية ابراهيم ابن نعيم ^(٤) .

مسألة ٦٢: اذا انكر الزوج طلاق زوجته وشهد شاهدان بطلاقها وحكم الحكم به ثم رجعا واطهرا غلطهما ، فان قلنا بانتفاض الحكم اعتماداً على القاعدة الاولى فلا شيء عليهما، وكذا ان لم يكن هناك حكم حاكم، وان قلنا بنفوذ الحكم ولو من جهة الشهرة فان كان رجوعهما بعد الدخول فلا شيء عليهما أيضاً لان المهر قد استقر على الزوج بالدخول طلق أم لم يطلق وتفويت منفعة البضع لا يوجب الضمان من دون خلاف معتد به كما في فرض قتل الزوجة أو حبسها أو حبس الزوج. وان كان قبله فان قلنا بان نصف المهر المسمى من جهة الطلاق ضمنناه للزوج وان قلنا بانه من جهة العقد فان نعتمد في الحكم على الشهرة أو الاتفاق نغرمهما نصف المهر المسمى أيضاً وان نعتمد على القاعدة فلانغرمهما شيء كما نبّه عليه بعضهم بل اختاره السيد الاستاذ .

(١) ص ٢٣٩ ج ١٨ الوسائل .

(٢) ص ١٥٦ ج ١ مباني تكملة المنهاج .

(٣) اذ يمكن اشعار صحيحة محمد بن مسلم الاخرى بقوله ص ٢٤٢ المصدر و

سيأتى نقلها في المسألة اللاحقة .

(٤) ص ٢٤٠ ج ١٨ لكن ابراهيم لم يوثق .

وكذا اذا أكذب نفسهما اذ لايتفاوت الحال به من جهة الغرامة ، نعم
عليهما التعزير والتوبة عن المعصية حينئذ. واذا ثبت الزور عند الحاكم فلعله
لا خلاف بينهم فى انتفاض الحكم من رأس ولا اشكال فيه أيضاً لصحيح
جميل السابق .

ويحتمل عدم ضمان الشاهد الغالط لنفي السبيل على المحسنين والشهادة
لله احسان فتأمل .

وكذا لايتفاوت الحال اذا تزوجت بآخر بناء على نفوذ الحكم وأما بناء
على انتفاضه ورجوعها الى الزوجية الاولى ففي ضمان الشاهدين المهر
للثاني لبحث يأتي .

مسألة ٦٣: اذا شهدا على غائب انه طلق زوجته فاعتدت المرأة وتزوجت
وأنكر الزوج بعد قدومه الطلاق وأكذب نفسه أحد الشاهدين فلاسبيل للاخير
عليها ويؤخذ الصداق من الذي شهد ورجع فيرد على الاخير وتعتد ولايقربها
الاول حتى تنقضي عدتها كما في صحيح محمد بن مسلم ^(١) عن الباقر
عليه السلام .

أقول : ان فرضنا للرواية اطلاقاً يشمل صورة حكم الحاكم أيضاً فهي
خير دليل على بطلان الحكم ببطلان الشهادة ولو با قرار الشاهد نفسه كما
احتملناه حسب القاعدة الاولى ^(٢) وان فرضناها غير مطلقة وانها وردت فى قضية
فى واقعة فالمتيقن منها فرض عدم تحقق القضاء وتزويج المرأة استناداً الى
الشهادة دون الحكم .

(١) ص ٢٤٢ ج ١٨ .

(٢) يظهر من صاحب الجواهر المفروغية من صدور حكم القاضى فى مورد الرواية
لكنها لا شاهد لها .

ثم الاشكال فى اغرام الراجع تمام المهر كما هو ظاهر الرواية، فان مقتضى القاعدة اغرامه بنصفه، نعم مفروض الرواية صورة دخول الثاني بها لوجوب العدة عليها ومع عدمه يستحق الزوج على الشاهد نصف المهر والنصف الآخر على المرأة ان دفعه اليها .

واما اذا لم يدفع المهر اليها فلا شيء على الشاهد منه ومن المرأة اذ لم يقع عقد معتبر تستحق المهر لاجله لكن فى صحيح أبى بصير: لها المهر بما استحل من فرجها للاخير ^(١) فيغرم الشاهد المهر لها وفي ضمانه بتمامه أو نصفه وجهان من دلالة صحيحة بن مسلم ومن استناد الاستحلال الى كليهما معاً دون الراجع فقط واما اذا كان الاكذاب قبل الدخول فهل تستحق نصف المهر أم لا فيه وجهان وفي كون المراد من المهر فى رواية أبى بصير هو مهر المثل أو المسمى أيضاً وجهان .

وهل انحصار الضمان بالشاهد دون المستوفى مخصوص بمورد الرواية أو يمكن التعدي عنه الى جميع الموارد المالية فلا يضمن المشهود له اذا كان جاهلاً كما تقدم بحثه؟ فيه وجهان أقربهما الاول لعدم ثبوت مقتضى الضمان على الوسطى من الاول اذ ليس كل وطء بموجب للمهر وان كان العقد باطلاً واقعاً، فلعل المهر من الاول على الشهود فتأمل . ولا يكون الرواية دليلاً على سائر الموارد فلا بد لها من اقامة دليل آخر فافهم .

واما اذا لم يكذب الشاهد نفسه بل أظهر غلظه فالحق اغرامه بنصف المهر عملاً بالقاعدة واختصاص اغرامه بتمامه بمورد الرواية وهو الاكذاب اذا عملنا بها .

وكذا اذا أكذبا معا نفسيّن كذبهما ففي صحيح أبى بصير عن

الصادق عليه السلام في امرأة شهد عندها شاهدان بان زوجها مات فتزوجت ثم جاء زوجها الاول قال: لها المهر بما استحل من فرجها الاخير ويضرب الشاهدان الحد ويضمنان المهر لها عن الرجل (بما غرا الرجل) ثم تعند وترجع الى زوجها الاول^(١).

والرواية ظاهر في كون الشهادة عن زور، نعم ربما يستبعد ثبوت الحد الثابت في الزاني والزانية نفسيهما في السبب لكنه استبعاد^(٢) وعليها تحمل صحيحة ابراهيم^(٣).

وان كان ظاهرها بطلان الشهادة بمجرد انكار الزوج الطلاق لكنه لا يمكن الالتزام به فلا بد من حمله على رجوع احد الشاهدين أو كليهما أو اثبات كذبهما من الخارج فلا حظ.

مسألة ٦٤: شهود الزور يجلدون حداً وليس له وقت (عدد معين) ذلك الى الامام ويطاف بهم حتى يعرفوا ولا يعودوا ويعرف توبتهم بان يكذبوا انفسهم على رؤوس الاشهاد حيث يضربون ويستغفرون ربهم وللإمام ان يحبسهم أياماً ثم يخلي سبيلهم كما في الروايات^(٤) ويمكن التشهير بالجرايد والتلفزيون مكان الطواف.

مسألة ٦٥: قيل لا اشكال ولا خلاف ظاهراً في أنه اذا رجع الشاهد بعد حكم الحاكم بثبوت حق مالى ضمن نصفه وان رجعا ضمنا تمامه واذا كان ثبوت الحق بشهادة رجل وامرأتين فرجع الرجل ضمن نصفه وان رجعت احديهما ضمننت

(١) ص ٢٤٢ المصدر.

(٢) على انه يمكن حمل الحد على التعزير بقرينة ما يأتي في المسألة الالية فلا حظ.

(٣) ص ٢٤١ المصدر.

(٤) ص ٢٤٤ المصدر.

ربعه وان رجعتا معاً ضمننا تمام النصف، واذا كان بثبوتيه بشهادة أربع نسوة فان رجعن كلهن ضمننت كل واحدة منهن الربع وان رجعت بعضهن فبالنسبة .
أقول: هذا مع فرض بقاء الحكم بعد الرجوع أو عدم امكان استرداد العين من الاخذ وعدم ضمانه بالمثل والقيمة في فرض الجهل .

واذا كان ثبوتيه بالشاهد واليمين فرجع الشاهد يضمن نصفه واذا اكذب الحالف نفسه اختص بالضمان سواء ارجع الشاهد عن شهادته أم لم يرجع لاقاراره ، ولكن اذا لم يتمكن المالك من استرداد حقه منه جاز له الرجوع على الشاهد بالنصف اذا رجع لما مر ومر احتمال العدم في فرض السهو .
مسألة ٦٦: اذا كان الشهود أكثر مما تثبت به الدعوى كما اذا شهد خمسة فرجع الزايد بعد الاستيفاء ففي ضمانه وعدمه احتمالات .

أولها الضمان بمقدار شهادته ففي الفرض يضمن الراجع الواحد خمس المشهود به مثلاً اختاره صاحب الجواهر تبعاً للشيخ ويعبى بن سعيد فاذا شهد بالزنا ستة ورجع اثنان بعد القتل معترفين بالتعمد فعليهما القصاص بعد رد ثلثي الدية عليهما ولو قالوا أخطأنا فعليهما ثلث الدية وهكذا .

ثانيها عدم الضمان للاستغناء عن الزايد في الحكم الا ان يكون مرجحاً بكثرة الشهود في صورة التعارض على ما مر. يقول المحقق في الشرايع في وجه هذا الاحتمال ولا يضمن الشاهد ما يحكم به بشهادة غيره للمشهود له واختاره سيدنا الاستاذ دام ظله معللاً بأن الائتلاف لا يستند الى الراجع لفرض ان شهادته وعدمها بالاضافة الى حكم القاضي بيان ومودى الكل واحد .

نعم اذا شهد الثلاثة فرجع الشاهد ان منهم فيضمن الراجعان النصف عند الاستاذ لان الحكم مستند الى شهادة الثالث الباقي بضميمة شهادة احد الراجعين من دون تعيين فيستند الائتلاف الى شهادتهما وحيث لا مرجح في البين فلا محالة

يضمنان النصف معاً وبذلك يظهر حكم رجوع كلهم عن الشهادة .

أقول : مقتضى كلامه دام ظله ضمان الثالث بالنصف اذا رجع بعد رجوع الاولين وبالثالث اذا رجع حين رجوعها ، ولا ادري هل يلتزم به أم لا فتأمل .
ثالثها ضمان من يشهد أولاً وثانياً مثلاً وعدم ضمان من شهد بعد تكميل النصاب لوجوب الحكم ، على الحاكم بعد شهادة العدد المعتبر سواء شهد اخر أم لم يشهد ، وهذا انما يتصور في الشهادات الطولية دون الدفعية ، وهذا الاحتمال لم يذكره احد على ما اعلم والله اعلم .

ولو كان عشرة نسوة مع رجل فيما لا يثبت بالنساء منفردات فرجع الرجل فعلى الاول يضمن بالسدس وعلى الثاني لا يضمن شيء وعلى الثالث يلاحظ ترتيب شهادته ولكن قيل انه يضمن على الاول النصف دون السدس لانه نصف البينة وعليهن النصف لان الفرض توقف الثبوت على الرجل ولا فرق فيهن بين اثنين ومائة .

بقي شيء ، وهو انه اذا رجع الزايد وكان بينته معتبرة ولم يكن رجوعه عن شهادة زور ولا عن شك في المشهود به بل اعتراف بالخطأ وانكروا وقوع الفعل فقالوا مثلاً بأن زيداً لم يقتل بكراً ونحن حسبنا ان الذي قتله هو زيد والحال انه خالد وحينئذ يمكن القول بانتقاض الحكم لتعارض البينتين بناء على قبول قول الراجع فلاحظ وتأمل .

مسألة ٦٧ : اذا ثبت فسق الشاهدين بعد الحكم ولكن لم يعلم مبدء عروضة لم يضر بالحكم لاحتمال تجددده بعد الحكم بل بعد الشهادة على الارجح ^(١) والاصل بقاء الحكم وهذا ظاهر وان ثبت تحققه قبل الشهادة انتقض الحكم ببطلان مدركه فان كان المشهود به من الاموال استردت العين من المحكوم له

(١) اختاره المحقق أيضاً في الشرائع ص ٢٤١ ج ٤ الجواهر .

ان بقيت والا المثل أو القيمة لانه تصرف في مال الغير .

وان كان من غيره فلا قود ولا قصاص على المباشر مطلقاً لانه انما باشر بأذن شرعي ولو بحسب الظاهر ولادية على الحاكم ولاعلى المباشر الموظف من قبله لموثقة أبي مريم عن الباقر عليه السلام : قضى أمير المؤمنين عليه السلام ان ما اخطأت به القضاة في دم أو قطع فعلى بيت مال المسلمين ^(١).

قيل بشمول اطلاقها لولى القصاص اذا باشر القتل لاستناد قتله الى خطأ القاضي ^(٢) وقيل بعدم شموله له للانصراف الى ما تكون الدية فيه على القاضي أو على المباشر من قبله بطبيعة الحال فجعلت الدية في بيت المال ، وأما اذا كان المكلف بالدية شخصاً اخر فلا تشمله فيرجع الى ما يقتضيه القاعدة من ثبوت الدية على المباشر . والله العالم .

مسألة ٦٨: اذا رجع شهود التذكية فقط فيحتمل اختصاص الضمان بهما بل القصاص في فرض التعمد والعلم بكذب الشهود لاقوائية السبب من المباشر واذا رجع شهود الدعوى أيضاً أشترك الكل في الضمان والقصاص .

واما اذا تعمدوا في التذكية ولم يعلموا بكذب المشهود به بل اعتقدوا أو ظنوا صدقه فلا قصاص ظاهراً فتأمل . وأوضح منه ما اذا شهدوا بالتذكية لالاجل الشهادة بل لغيرها كالامامة والولاية مثلاً فاتفق استناد قبول الشهادة اليها ثم رجع شهود التذكية فانه يمنع استناد التلف اليهم في الفرض والمسألة محتاجة الى مزيد تأمل ^(٣).

مسألة ٦٩ : لو شهد أربعة بالزنا واثنان بالاحصان فرجم ثم رجعا دون شهود

(١) ص ١١١ ج ١٩ الوسائل .

(٢) وللمحقق في الشرائع قيد اخر ضعفه صاحب الجواهر .

(٣) لاحظ ص ٢٤٩ ج ٤١ من الجواهر

الزنا اقتصر منهما خاصة ان اعترف بالعمد والا فالدية، ولورجع شهود الزنا خاصة لم يجب على شهود الاحصان شيء ولورجع الجميع ضمنوا اجمع لاشتراكهم في التسبب كما في الجواهر وفيها أيضاً :

نعم في كيفية الضمان اشكال فيحتمل ضمان شاهدي الاحصان النصف وشهود الزنا النصف ، ويحتمل التوزيع عليهم بالسوية ، وحينئذ فلو شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالاحصان فعلى الاول على شاهدي الاحصان ثلاثة أرباع : نصف للشهادة بالاحصان ونصف النصف الاخر الذي هو ربع، لانهما نصف شهود الزنا وعلى الثاني على شاهدي الاحصان الثلثان ثلث منها للشهادة بالزنا والثلث الاخر للشهادة بالاحصان وعلى الاخرى الثلث ويحتمل تساويهم في الغرم على كل تقدير ، فلا يضمنان الا النصف لان شاهدي الاحصان وان تعددت جنائيتهم فانهم يساؤون من اتحدت جنائيته لان الدية تسقط على عدد الرؤوس لا الجناية كما لو جرحه أحدهما مائة والاخر واحداً ثم مات من الجميع والله العالم .

مسألة ٧٠ : الظاهر عدم الضمان بكتمان الشهادة الواجبة وان اثم واستحق

العقاب لعدم موجب للضمان .

مسألة ٧١ : اذا ثبت ان القاضي انما حكم بشهود الزور عمداً فهل الضمان

على الجميع أو عليه وحده كما هو الاظهر كما اذا حكم من دون شاهد وعلم ولو ادعى الحاكم استناد حكمه الى شهادة الشاهدين فأنكرها كلاهما أو أحدهما فالظاهر قبول قول القاضي الى أن يثبت بطلانه لما مر من الوجه في كتاب القضاء .

مسألة ٧٢ : لورجعا في الشهادة على الميت بعد اليمين الثابتة على المدعي

ففي ضمانهما بالجميع أو بالنصف وجهان ويمكن ابتناء الحكم على كون اليمين للاستظهار وعدم القضاء أو لاثبات اصل الحق وحيث الاظهر عندنا هو الثاني كما مر يصبح ضمانهما بالنصف ارجح ويحتمل التوزيع عليهما وعلى المدعي

بالسوية فيضمن كل واحد منهم الثلث ان رجع الكل والله العالم ، وله الحمد
 على نعمائه وصلى الله على محمد خير خلقه وآله وأتباعه اللهم عجل فرجهم
 بفرج حجة بن الحسن القائم المهدي . وأنا المقيم في بلدة قم المقدسة كرها
 ومن غير رضى ، محمد آصف المحسنى القندهارى ، أسأل الله أن يتفضل علينا بنصرنا
 على الكفار الماركسيين المحتلين لبلادنا الاسلامية (افغانستان) .

تاريخ التأليف ١٩ / ٨ / ٦٢

تاريخ الطبع ١٠ / ٥ / ٦٣

وقد تم تأليف كتاب القضاء والشهادة فى عشرين يوماً تقريباً .

مطالب هذا الكتاب

(كتاب القضاء)

٤	تعريف القضاء
٥	توقف القضاء على الاذن ؟
٧	عدم جواز نقض القضاء
٨	عدم جواز تجديد الدعوى والنظر فيها .
٩	مدى نفوذ القضاء ؟
١٣	الدعوى على القاضي
١٤	اختلاف القضاة
١٥	أدلة وجوب القضاء كفاثاً
١٧	حرمة الاجرة على القضاة
١٨	حرمة الرشوة
٢٠	أعمال آخر للقاضي
٢٢	شروط القاضي
٢٤	لا يعتبر الاجتهاد والاعلمية في القاضي
٢٦	قاضي التحكيم

- ٢٧ حرمة القضاء والترافع في أين ؟
- ٣٠ صحة القضاء بعلم القاضي
- ٣٢ حول المدعي والمنكر
- ٣٤ حول اعتبار بلوغ المدعي
- ٣٦ بقية شروط الدعوى
- ٣٨ صور الدعوى غير الجازمة
- ٤٠ الدعوى على الغائب والميت
- ٤٦ مؤنة احضار المدعى عليه على من ؟
- ٤٧ فروع حضور المدعي عليه عند القاضي
- ٤٩ آداب مجلس القضاء
- ٥٣ حجية البينة بدون القضاء
- ٥٥ حول جواب المدعي عليه
- ٥٦ دعوى الاعسار
- ٥٨ آثار الحلف
- ٦٠ رد المنكر الحلف
- ٦٤ لا يحكم بمجرد النكول
- ٦٦ فرض عدم علم المدعى عليه
- ٦٩ الحاكم والبينة
- ٧٠ كيف يشهد ومتى ؟
- ٧١ حكم الشاهد واليمين
- ٧٧ شهادة المرأتين واليمين
- ٧٨ أحكام اليمين وكيفيتها

٨٢	لايمين في الحدود
٨٤	أحكام القسمة وأقسامها
٩٣	اثبات القرعة وأحكامها
٩٨	الاخبار العامة للقرعة
١٠٢	القرعة مع سائر الادلة والاصول
١٠٥	هل الاستخارة من الازلام؟
١٠٧	لابينة على المدعي في موارد
١١٢	جواز التقاص في الشريعة
١١٤	فروع التقاص وأحكامها
١٢١	أحكام اختلاف دعوى الاملاك
١٢٤	صور انكار المدعى عليه
١٢٧	صور النزاع على العين
١٢٩	لاتقدم بينة الخارج ولا الداخل
١٣٩	معنى البينة
١٤٣	مرجحات البينات المتعارضة
١٤٧	موارد الاختلاف في العقود
١٥٣	صور النزاع في الاشتراء
١٥٥	نزاع الزوجين في أمتعة البيت
١٥٩	حول تقدم اسلام الولد على موت الوالد
١٦١	موارد الحبس في الشريعة
١٦٥	صحة المراحل للقضاء

(كتاب الشهادات)

١٦٦	شروط الشاهد
١٧٢	عدالة الشاهد
١٧٥	بقية شرائط الشاهد
١٨٠	حول اعتبار الشهادة وردها
١٨١	اعتبار العلم في الشاهد وعدم اعتبار المشاهدة على الاظهر
١٨٥	بعض فروع الشهادة
١٨٦	بماذا يثبت الزنا والسحق واللواط
١٨٨	موارد قبول شهادة النساء
١٩٣	هل يثبت حقوق الناس بالشاهد والشاهدين
١٩٥	ثبوت الحقوق بالشاهدين واليمين
١٩٦	وجوب تحمل الشهادة وادائها
١٩٨	الشهادة على الشهادة
٢٠١	فروع اعتبار التوارد
٢٠٣	فروع رجوع الشهود كلاً أو بعضاً
٢٠٨	حرمة شهادة الزور
٢١٣	اذا رجع الشاهد الزائد

جدول الخطأ والصواب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٥	١٥	الاشتيناني	الاشتيني
١٣	٢	(٣٧)	(٣٨)
١٤	٢٣	١٢ ج ٦٤	٨٠ ج ١٨
١٥	١٩	ص ٨٠ ج ١٨ الوسائل	
١٨	٩	اعانته	اعانة
٢٤	٢	المتقين	المتيقن
٦٠	٢١	١٨٦	١٧٦
٦٥	٥	ففيها	ففيه
٨٢	١٤	لهما	لها
٨٣	٩	محت	صحت
٩٢	١٠	تفصيلتان	تفصيلتان
٩٢	١١	مدلولتهما	مدلولهما
٩٨	٢٠	له واقع مجهول	لاواقع له
١٠٣	٢	يتخير	يتحير
١٠٦	٤	انسحابها	على انسحابها
١٠٩	١٥	الجزام	الجزم
١٢٨	٢١	التصنيف	التنصيف
١٣٣	١٤	للمثبت	للمثبت

الجدول الثاني للاغلاط المطبعية

الصفحة	السطر	الغلط	الصحيح
٢٣	١	شهادته	شهاده الفاسق
٢٧	١١	بل	بل هو
٤٠	١١	جميل	جميل عن جماعة
٤٤	٢٠	مطلقا	مطلقا حتى
٤٤	١٨	باق	فهو باق
٤٨	١٩	ضروريا	ضرريا
٦٥	٤	ففيها	ففيه
٧٣	٦	تأمل	فمحل تأمل
٧٩	١١	هي الثانية	هي الاول
٨٥	١٧	لم يكن	لم يكن المقام
٩٤	٢	خامة	خاصة
١١٨	١٨	المفاوضة	المعاوضة
١٣٢	٨	لاحدها	لاحدهما
١٣٢	٨	كانت	كان
١٣٩	١٠	الشاهدان	عدم ارادة ثقة واحدة
١٤٢	٣	عدم جواز	عدم وجوب
١٤٨	١٨	والاظهر	والاظهر انه
١٥٣	٥	حلف لها	حلف لهما
١٧٨	١	الاعتداء	الاعتداد

الصفحة	السطر	الغلط	الصحيح
١٨٠	١٥	لغير	لخبر
١٨٦	٩	والتي	والانى
١٨٨	٣	تها	
١٩٨	٢	حجية	حجية قول
١٩٨	١٩	ولو	لواقر
٢٠٢	١٠	طرحها	طرحها الحاكم
٢٠٩	٩	الحكم	الحاكم
٢١٠	٩	لبحث	بحث
٢١١	١٥	الوسطى	الواطى
٢١٣	١	بثبوتة	ثبوتة

قولنا ص ٣٨ : فتأمل : وجهه امكان دفع حرمة ايذاء المدعى عليه ببناء العقلاء والروايات المشار اليها فى المورد الاول وبكون كل دعوى - حتى الجزمية احتمالية عند القاضى ، واما بقية ادلة المشتريتين فهي ضعيفة .

قولنا ص ٤٧ : فى حضوره مشقة كثيرة . اقول يظهر حال هذا مما قلنا آنفا فى وجه التأمل والله العالم